Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

TOMO II

BENS E FATOS JURÍDICOS

Atualizado por

Ovídio Rocha Barros Sandoval

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS
100 ANOS

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Diretora Responsável

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI

Diretora de Operações Editoriais

ORIENE PAVAN

Coordenadora Editorial

DANIELLE CANDIDO DE OLIVEIRA

Analistas Documentais: Aline Aparecida David do Carmo, Ariene Cristina Almeida do Nascimento, Bruno Martins Costa, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Douglas Elmauer, Henderson Fürst de Oliveira, Ivié Adolfo de Macedo Loureiro Gomes, Mário Henrique Castanho Prado de Oliveira e Rodrigo Domiciano Oliveira.

Editoração Eletrônica

Coordenadora

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino.

Produção gráfica: Caio Henrique Andrade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Miranda, Pontes de, 1892-1979

Bens. Fatos jurídicos. / Pontes de Miranda; atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 2)

ISBN 978-85-203-4474-3

1. Direito civil 2. Direito Civil – Brasil I. Sandoval, Ovídio Rocha Barros. II. Título. III. Série.

12-09430 CDU-347 (81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil: Direito civil 347 (81) 2. Brasil: Direito privado 347 (81)

342
M672
2012
v. 2

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

TOMO II

BENS. FATOS JURÍDICOS

Atualizado por
Ovídio Rocha Barros Sandoval

EDITORA RT 100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PONTES DE MIRANDA

PARTE GERAL

TOMO II
BENS. FATOS JURÍDICOS

OVÍDIO ROCHA BARROS SANDOVAL
Atualizador

00384

© Originais do Tratado de Direito Privado – 60 Tomos:

PONTES DE MIRANDA

© Desta Atualização [2013]:

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [10.2012]

Profissional

Fechamento desta edição [26.10.2012]

ISBN 978-85-203-4474-3
ISBN da Coleção 978-85-203-4321-0

À AMNÉRIS e à FRÂNCIS,
amor e gratidão de seu marido e de seu pai.

ÍNDICE GERAL DO TOMO II

Apresentação, 9

Apresentação do Atualizador, 11

Prefácio à 1.ª Edição, 13

Sobre o Autor, 27

Obras Principais do Autor, 31

Sobre o Atualizador, 35

Plano Geral da Coleção, 37

Tábua Sistemática das Matérias, 41

Bibliografia do Tomo II, 601

Índices

Alfabético dos Autores citados, 639

Cronológico da Legislação, 651

Cronológico da Jurisprudência, 691

Alfabético das Matérias, 696

APRESENTAÇÃO

A Editora Revista dos Tribunais – RT tem a honra de oferecer ao público leitor esta nova edição do *Tratado de Direito Privado,* de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, reconhecidamente um dos mais ilustres juristas brasileiros, senão o maior.

Para nós, da Editora, a republicação desta obra tem importância única: ao se consubstanciar num marco científico e editorial, pela contribuição que há tantas décadas traz à ciência do Direito e, especificamente, ao Direito Privado. Essas fundamentais características se compõem com as comemorações do primeiro centenário desta Casa Editorial e com a evocação dos 120 anos de nascimento do grande tratadista.

O respeito ao texto original, também publicado por esta Editora em 1983, foi um dos maiores cuidados que nos determinamos a tomar, desde a estrutura e organização do texto, passando por alguns recursos usados pelo Autor, até a ortografia da época, com exceção do trema nas semivogais.

O Direito, porém, como todas as ciências, vem sofrendo grandes transformações nas últimas décadas. Por isso, com o intuito de inserir a obra no contexto presente, notas atualizadoras foram elaboradas por juristas convidados entre os mais renomados do País. Inseridas ao final de cada tópico (§), encontram-se devidamente destacadas do texto original, apresentando a seguinte disposição:

Panorama Atual:

§ *x*: A – *Legislação*: indicação das alterações legislativas incidentes no instituto estudado

§ *x*: B – *Doutrina*: observações sobre as tendências atuais na interpretação doutrinária do instituto estudado

§ *x*: C – *Jurisprudência*: anotações sobre o posicionamento atual dos Tribunais a respeito do instituto estudado

Neste século de existência, a Editora Revista dos Tribunais se manteve líder e pioneira na promoção do conhecimento, procurando fornecer soluções especializadas e qualificadas aos constantes e novos problemas jurídicos da sociedade, à prática judiciária e à normatização. Nas páginas que publicou, encontra-se o Direito sendo estudado e divulgado ao longo de cinco Constituições republicanas, duas guerras mundiais e diversos regimes políticos e contextos internacionais.

Mais recentemente, a revolução tecnológica, a era digital, e a globalização do conhecimento trouxeram desafios ainda mais complexos, e para acompanhar tudo isso, a Editora passou a compor, desde 2010, o grupo Thomson Reuters, incrementando substancialmente nossas condições de oferta de soluções ao mundo jurídico.

Inovar, porém, não significa apenas "trazer novidades", mas também "renovar" e "restaurar". A obra de Pontes de Miranda permite tantas leituras, tamanha sua extensão e profundidade, que não se esgotam seu interesse e sua importância. E por isso, também – para inovar –, republicamos seu Tratado de Direito Privado.

Não podemos deixar de registrar, ainda, nossos mais profundos agradecimentos à família Pontes de Miranda, pela participação que fez possível a realização de um sonho.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

APRESENTAÇÃO DO ATUALIZADOR

Pontes de Miranda, neste tomo II de seu clássico *Tratado de Direito Privado*, trata dos *Bens* e dos *Fatos Jurídicos*. Antes de tratar, especificamente dos *Bens*, esclarece que a conduta humana que é regulada pelo Direito há de ser intersubjetiva, isto é, que atinja outra ou outras pessoas. Demonstra, a seguir, que a expressão "objeto dos direitos" abrange não só as pessoas, pois tudo que possa incidir sob o poder do homem é causa determinante do direito. Portanto, as pessoas e as coisas podem ser objeto do direito. Depois de tratar das coisas, como objeto do direito, segue a classificação adotada pelo Código Civil de 1916, que não difere em muito daquela consagrada no Código vigente. Dá preferência ao sentido das "coisas simples" e das "coisas compostas", alertando que "é da máxima importância observar-se que se trata de conceitos do mundo fáctico. O direito refere-se a eles, para prevenir sobre o que pelos nomes usados se há de entender" (§ 114, n. 3). O conceito de "bem" esclarece tratar-se de conceito mais amplo do que o de "coisa".

A posição doutrinária de Pontes de Miranda de que o homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito, "mas as partes corporais, uma vez separadas pertencem, como coisas, àquele de quem foram retiradas" (§ 116, 1), continua presente diante do atual Código, com respaldo na legislação especial a respeito da matéria. Quando discorre sobre as espécies de coisas, embora tendo por fundamento o CC/1916, pode-se afirmar que sua classificação não difere do Código vigente. Ao tratar das "partes integrantes" que formam a unidade de uma coisa, as considerações feitas no § 127 continuam presentes. Quanto aos direitos reais, com razão, observa: "os direitos reais que pertencem a quem for proprietário do imóvel são partes integrantes do direito de propriedade; não partes integrantes do imóvel" (§ 130, 2). O tema concernente às *coisas fora do comércio* tratado no § 136, muito embora o Código Civil vigente não traga qualquer dispositivo a respeito, continua presente, não só do ponto de vista doutrinário, como diante da sistemática de nosso Direito Positivo em vigor.

Quanto aos fatos jurídicos desenvolve o seu pensamento para conceituá-los, esclarecendo que alguns são *acontecimentos naturais* independentes da vontade humana e que outros da vontade humana *dependem*. Pontes de Miranda, na classificação dos fatos jurídicos, adota a Teoria Geral dos Fatos

Jurídicos do direito germânico. Como estamos diante da Teoria Geral do Direito, outros doutrinadores preferem outras classificações. Na atualização ao § 160, a doutrina germânica dos fatos jurídicos é exposta por Enneccerus, conforme precisa exposição feita por Vicente Ráo. É importante conhecer a Teoria Geral dos Fatos Jurídicos exposta pelos doutrinadores germânicos, para bem compreender a doutrina e a classificação adotada por Pontes de Miranda. A partir do conceito de fato jurídico por ele aceito, chega aos *atos jurídicos* e sua classificação, a partir dos *atos jurídicos lícitos* e *ilícitos*, trazendo ao leitor uma profunda exposição sobre a questão concernente à *pré-exclusão da contrariedade a direito*, abordando a as situações de *legítima defesa, estado de necessidade* e *exercício regular de direito*. Ao depois, não se pode deixar de anotar suas considerações sobre a "intromissão estatal ou não estatal na esfera jurídica alheia" (§§ 188 a 190), bem como a respeito da "Justiça de mão própria" (§§ 191 a 201) que em casos excepcionais o Direito Civil ainda permite.

Desenvolve, quanto aos atos jurídicos, a questão concernente ao *consentimento*, bem como sobre as *medidas cautelares* – na época do CPC/1939, as *medidas preventivas* – para prevenir consequências jurídicas da contrariedade a direito.

Ao expor a *Teoria dos Atos Jurídicos* por ele aceita, apresenta a classificação dos "Atos Jurídicos *"stricto sensu"*. Interessante notar que Pontes de Miranda inclui, em sua classificação, os chamados "atos-fatos jurídicos" que seriam aqueles que, embora dependentes da atuação humana, o direito não levou em conta a intenção de praticá-los. Entre os atos-fatos jurídicos inclui os chamados "atos reais", a "responsabilidade sem culpa", seja contratual ou extracontratual, e as "caducidades sem culpa" (exceto o perdão – § 209). Todavia, conforme exposto na atualização ao § 209, é bastante difícil diferenciar o "ato-fato jurídico" do "ato jurídico *"stricto sensu"*.

A Editora Revista dos Tribunais, sem dúvida, presta inestimável serviço ao Direito, ao reeditar, de forma atualizada, o *Tratado de Direito Privado* escrito por um genial cultor da ciência jurídica.

Sinto-me honrado e agradecido de poder colaborar com a Editora Revista dos Tribunais na atualização deste volume. Minha vida de amante do Direito teve início, quando ainda muito jovem fui revisor e mais tarde redator da nossa querida *RT*. Amealhei, ainda, amigos queridos, que até hoje nos meus 73 anos, de muitos deles reverencio a memória, como Dr. Nélson Palma Travassos, Sr. Aristides Malheiros (o mais extraordinário chefe que conheci em minha vida), Afro Marcondes dos Santos, Dr. Lauro Malheiros, o meu saudoso e querido Amigo Theotonio Negrão e tantos outros.

Ribeirão Preto, outubro de 2012.

Ovídio Rocha Barros Sandoval

PREFÁCIO À 1.ª EDIÇÃO

1. Os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos,* compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interêsses mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêem (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sôbre elas, como se as marcassem. Em verdade, para quem está no mundo em que elas operam, as regras jurídicas marcam, dizem o que se há de considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. Donde ser útil pensar-se em têrmos de topologia: o que entra e o que não entra no mundo jurídico. Mediante essas regras, consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interêsses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite. As proposições jurídicas não são diferentes das outras proposições: empregam-se conceitos, para que se possa assegurar que, ocorrendo *a*, se terá *a'*. Seria impossível chegar-se até aí, sem que aos conceitos jurídicos não correspondessem *fatos da vida,* ainda quando êsses fatos da vida sejam criados pelo pensamento humano. No fundo, a função social do direito é dar valores a interêsses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens. Sofre o influxo de outros processos sociais mais estabilizadores do que êle, e é movido por processos sociais mais renovadores; de modo que desempenha, no campo da ação social, papel semelhante ao da ciência, no campo do pensamento. Êsse ponto é da maior importância.

Para que se saiba *qual* a regra jurídica que incidiu, que incide, ou que incidirá, é preciso que se saiba o que é que se diz nela. Tal determinação do conteúdo da regra jurídica é função do intérprete, isto é, do juiz ou de alguém, jurista ou não, a que interêsse a regra jurídica. O jurista é apenas, nesse plano, o especialista em conhecimentos das regras jurídicas e da interpretação delas, se bem que, para chegar a essa especialização e ser fecunda, leal, exata, a sua função, precise de conhecer o passado do sistema jurídico e, pois, de cada regra jurídica, e o sistema jurídico do seu tempo, no momento em que pensa, ou pensa e fala ou escreve.

Diz-se que interpretar é, em grande parte, estender a regra jurídica a fatos não previstos por ela com o que se ultrapassa o conceito técnico de analogia. Estaria tal missão compreendida no poder do juiz e, pois, do intérprete. Diz-se mais: pode o juiz, pois que deve proferir a *sententia quae rei gerendae aptior est,* encher as lacunas, ainda se falta a regra jurídica que se pudesse estender, pela analogia, ou outro processo interpretativo, aos fatos não previstos. Ainda mais: se a regra jurídica não é acertada, há de buscar-se, *contra legem,* a regra jurídica acertada. Nota-se em tudo isso que se pretendem contrapor a investigação do sistema jurídico, em toda a sua riqueza, dogmática e histórica, e a letra da lei. Exatamente o que se há de procurar é a conciliação das três, no que é possível; portanto, o sentido – dogmática e històricamente – mais adequado às relações humanas, *sem se dar ensejo ao arbítrio do juiz.* A separação dos poderes, legislativo e judiciário, esteia-se em discriminação das funções sociais (política, direito); e a história do princípio, a sua revelação através de milênios, a sua defesa como princípio constitucional, apenas traduz a evolução social. O êrro do legislador pode ser de expressão: prevalece, então, o pensamento que se tentou exprimir, se êsse pensamento é captável no sistema jurídico; não se desce ao chamado *espírito,* ou à *vontade* do legislador, porque seria atravessar a linha distintiva do político e do jurídico; não se contraria o princípio de que a lei é para ser entendida pelo povo, no grau de cultura jurídica em que se acham os seus técnicos, e não para ser decifrada. Por outro lado, as circunstâncias sociais podem ter mudado: o envelhecimento da regra jurídica participa mais do julgamento do povo do que do decorrer do tempo; o problema torna-se mais de mecânica social do que de fontes e de interpretação das leis.

2. O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos. Tem-se de estudar o fáctico, isto é, as relações humanas e os fatos, a que elas se referem, para se saber qual o *suporte fáctico,* isto é, aquilo sôbre que elas incidem, apontado por elas. Aí é que se exerce a função esclarecedora, discriminativa, crítica, retocadora, da pesquisa jurídica. O conceito de suporte fáctico tem de ser guardado pelos que querem entender as leis e as operações de interpretação e de julgamento. A regra jurídica "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil" (Código Civil, art. 1.°) é regra jurídica de suporte fáctico simplicíssimo: "Homem". Se há um ser humano, se nasceu e vive um homem, a regra jurídica do art. 1.° incide. Incide, portanto, sôbre cada homem. Cada ho-

mem pode invocá-la a seu favor; o juiz tem dever de aplicá-la. Porém nem todos os suportes fácticos são tão simples. "São incapazes relativamente, os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos" (art. 6.º, I). Suporte fáctico: ser humano, dezesseis anos feitos. "Cessando a confusão, para logo se restabelecer, com todos os acessórios, a obrigação anterior" (art. 1.052). Suporte fáctico: A devedor a B, A sucessor do direito de B, mas a sucessão é temporária, qualquer que seja a causa.

É fácil compreender-se qual a importância que têm a *exatidão* e a *precisão* dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no raciocinar-se com elas. Seja como fôr, há sempre dúvidas, que exsurgem, a respeito de fatos, que se têm, ou não, de meter nas categorias, e da categoria em que, no caso afirmativo, se haveriam de colocar. Outras, ainda, a propósito dos próprios conceitos e das regras jurídicas, que têm de ser entendidas e interpretadas.

A missão principal do jurista é dominar o assoberbante material legislativo e jurisprudencial, que constitui o ramo do direito, sôbre que disserta, sem deixar de ver e de aprofundar o que provém dos outros ramos e como que perpassa por aquêle, a cada momento, e o traspassa, em vários sentidos. Mal dá êle por começada essa tarefa, impõe-se-lhe o estudo de cada uma das instituições jurídicas. Sòmente quando vai longe a sua investigação, horizontal e verticalmente, apanhando o sobredireito e o direito substancial, é que pode tratar a regra jurídica e o suporte fáctico, sôbre que ela incide, avançando, então, através dos efeitos de tal entrada do suporte fáctico no mundo jurídico. O direito privado apanha as relações dos indivíduos entre si, e cria-as entre êles; mas a técnica legislativa tem de levar em conta que alguns dêsses indivíduos são Estados, Estados-membros, Municípios, pessoas jurídicas de direito público, que também podem ser sujeitos de direitos privados.

Interpretar leis é lê-las, entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo. Pode ela chocar-se com outras leis, ou consigo mesma. Tais choques têm de ser reduzidos, eliminados; nenhuma contradição há de conter a lei. O sistema jurídico, que é sistema lógico, há de ser entendido em tôda a sua pureza.

Se, por um lado, há tôda a razão em se repelir o método de interpretação conceptualístico (que se concentrava na consideração dos conceitos, esquecendo-lhe as regras jurídicas em seu todo e, até, o sistema jurídico), método que nunca foi o dos velhos juristas portuguêses nem o dos brasileiros, temos de nos livrar dos métodos que não atendem a que as regras

jurídicas se fazem com os conceitos e êsses tem a sua fixação histórica e hão de ser precisados. Principalmente, tem-se de levar em conta que a regra jurídica, a lei, viveu e vive *lá fora,* – foi para ser ouvida e lida pelos que hão de observá-la e é para ser lida, hoje, por êles. Nem o que estava na psique dos que a criaram, nem o que está na psique dos que hoje a criam, têm outro valor além do que serve à explicitação do que é que foi ouvido e lido por aqueles a que foi dirigida, ou o é por aquêles a quem hoje se dirige. O elemento histórico, que se há de reverenciar, é mais exterior, social, do que interior e psicológico. Se assim se afasta a pesquisa da vontade do legislador, no passado e no presente, o subjetivismo e o voluntarismo que – há mais de trinta e dois anos – combatemos (nosso Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie,* 16, 522-543), há de evitar-se passar-se a outro subjetivismo e a outro voluntarismo, – o da indagação da vontade da lei. *Ratio legis* não é *voluntas legis;* lei não quer; lei regra, lei enuncia. O sentido é o que está na lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem à lei querer agora. Nem o que E. R. BIERLING (*Juristische Prizipienlehre,* IV, 230 e 256 s.), nem o que K. BINDING (*Handbuch,* I, 465) e J. KOHLER (Über die Interpretation der Gesetzen, *Grünhuts Zeitschrift,* 13, 1 s.) sustentavam. Interpretar é revelar as regras jurídicas que fazem parte do sistema jurídico, – pode ter sido escrita e pode não estar escrita, mas existir no sistema, pode estar escrita e facilmente entender-se e apresentar certas dificuldades para ser entendida. Nas monocracias, os trabalhos preparatórios ficavam mais ocultos, raramente se publicavam com propósito de servir à interpretação, e quase sempre se perdiam, ao passo que a interpretação autêntica tinha todo o prestígio de lei, uma vez que não existia o princípio constitucional de irretroatividade da lei. Nas democracias, com o princípio da irretroatividade da lei, a interpretação autêntica ou é nova lei, ou não tem outro prestígio que o de seu valor intrínseco, se o tem; é interpretação como qualquer outra, sem qualquer peso a mais que lhe possa vir da procedência: o corpo legislativo sòmente pode, hoje, fazer lei *para o futuro*; não, *para trás,* ainda a pretexto de interpretar lei feita. O tribunal ou juiz que consultasse o Congresso Nacional cairia no ridículo, se bem que isso já tenha ocorrido na Europa. Se o legislador A ou os legisladores A, A' e A", quiseram *a* e todos os outros legisladores quiseram *b,* mas o que foi aprovado e publicado foi *c, c* é que é a regra jurídica. Bem assim, se todos quiseram *a,* e foi aprovado e publicado *c.* Os trabalhos preparatórios são, portanto, elemento de valor mínimo. O que foi publicado é a letra da lei, com as suas palavras e frases. Tem-se de interpretar, primeiro, gramatical-

mente, mas já aí as palavras podem revelar sentido que não coincide com o do dicionário vulgar (pode lá estar rescisão, e tratar-se de resolução; pode lá estar condição, e não ser de *condicio* que se há de cogitar; pode falar-se de êrro, e só se dever entender o êrro de fato, e não o de direito). O sentido literal é o sentido *literal* da ciência do direito, tendo-se em vista que o próprio redator da lei ao redigi-la, exercia função da dimensão política, e não da dimensão jurídica, pode não ser jurista ou ser mau jurista, ou falso jurista, o que é pior. Demais, estava êle a redigir regra jurídica, ou regras jurídicas, que se vão embutir no sistema jurídico e tal inserção não é sem conseqüências para o conteúdo das regras jurídicas, nem sem conseqüências para o sistema jurídico. Jurisprudência contra a lei é jurisprudência contra êsse resultado. Por isso, regra jurídica não escrita pode dilatar ou diminuir o conteúdo da regra jurídica nova. Daí, quando se lê a lei, em verdade se ter na mente o sistema jurídico, em que ela entra, e se ler *na história, no texto* e *na exposição sistemática.* Os êrros de expressão da lei são corrigidos fàcilmente porque o texto fica entre êsses dois componentes do material para a fixação do verdadeiro sentido.

Na revelação de regra jurídica não escrita é que se nota maior liberdade do juiz. Nota-se; mas ¿há essa liberdade? Revelar a regra jurídica, se não está escrita, lendo-se na história e no sistema lógico, não é operação diferente de se ler na história, *no texto* e no sistema lógico. Não se cria a regra jurídica não escrita, como não se cria a regra jurídica escrita; ambas são reveladas, razão por que falar-se em lacuna do direito sòmente tem sentido se se critica o sistema jurídico, isto é, se se fala *de iure condendo,* ou se se alude a visão de primeiro exame, a algo que não se viu à primeira vista. Lacuna preenchida não é lacuna; lacuna que não é preenchível é lacuna *de iure condendo.*

Analogia só se justifica se a *ratio legis* é a mesma (Ubi eadem ratio, idem ius); só se admite se, com ela, se revela, sem se substituir o juiz ao legislador: onde ela revela regra jurídica não-escrita, é *analogia iuris,* provém de explicitação do sistema jurídico e ainda é apenas reveladora, e não criadora. (A) Quando se revela por analogia legal, *analogia legis*, o que em verdade se faz é explicitar que *a)* a regra legal exprimiu, no texto, princípio particular, e *b)* há princípio mais geral em que êle se contém. (B) Quando se revela por *analogia iuris,* explicita-se regra jurídica que se há de ter como *a)*, pois já existe, não escrita, no sistema jurídico. Fora de (A) e de (B), a chamada analogia é edicção de regra jurídica, contra o princípio da separação dos poderes.

3. A atividade mais relevante da ciência do direito consiste, portanto, em apontar quais os têrmos, com que se compuseram e com que se hão de compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas, e quais as regras jurídicas que, através dos tempos, foram adotadas e aplicadas. A sucessão histórica dessas regras obedece a leis sociológicas. Outra atividade, que não é menos inestimável do que aquela, está no interpretar o conteúdo das regras de cada momento e tirar delas certas normas ainda mais gerais, de modo a se ter *em quase completa plenitude* o sistema jurídico.

Desde mais de dois milênios, porém principalmente nos últimos séculos, longo esforço de investigação, servido, aqui e ali, pela aparição de alguns espíritos geniais, conseguiu cristalizar a obra comum em enunciados sôbre os próprios enunciados e sôbre os têrmos, tornando cada vez "menos imperfeitas" a linguagem e a lógica do direito. A primeira necessidade da ciência jurídica passou a ser a mais rigorosa exatidão possível no delimitar os conceitos (E. I. BEKKER, *System,* IX). Os decênios passados puderam contemplar a obra imensa do século XIX, perceber o que não obtivera, até agora, "precisão"; e preparar-nos para a continuação criadora, que nunca seria possível sem a mole dos resultados anteriores e a depuração incessante de êrros.

O valor do método etnológico assenta em que precisamos conhecer as instituições jurídicas em seu bêrço, mesmo em seus nascedouros, ou para distinguirmos dos outros processos sociais de adaptação o direito, ou para podermos escalonar, no tempo, as formas que o direito foi assumindo. Só assim poderemos *datar* o que apareceu no momento próprio e o que apareceu em momento impróprio (regressões, prematuridade legislativas). Com o método etnológico e o histórico-comparativo, podemos alcançar a discriminação das fases, na evolução social (método sociológico científico ou faseológico, que foi sempre o seguido em nossas obras, quer de sociologia, quer de dogmática jurídica).

O valor dos estudos históricos para o conhecimento do direito vigente assenta em que não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi. Não se poderia situar, no tempo, na evolução jurídica, cada enunciado do sistema lógico; nem se colheria o que estava na psique dos elaboradores da lei, porque estava no ambiente social (e continuou de estar), e se supôs incluso nos textos, ou entre os textos; nem se poderiam fixar certos conceitos, nem se determinariam certas categorias, que têm os seus limites marcados

pelos fios históricos. Ainda onde o direito mudou muito, muito se há de inquirir do que não mudou. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era.

4. A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*; depois, a de *relação jurídica*; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas têrmo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas. O grande trabalho da ciência jurídica tem sido o de examinar o que é que verdadeiramente se passa entre homens, quando se dizem credores, titulares ou sujeitos passivos de obrigações, autores e réus, proprietários, excipientes, etc. O esforço de dois milênios conseguiu precisar conceitos, dar forma sistemática à exposição, pôr êsses conhecimentos à disposição dos elaboradores de leis novas e aprimorar o senso crítico de algumas dezenas de gerações, até que, recentemente, se elevou a investigação ao nível da investigação das outras ciências, para maior precisão da linguagem e dos raciocínios. A subordinação dela à metodologia que resultou da lógica contemporânea, inclusive no que concerne à estrutura dos sistemas, é o último degrau a que se atingiu.

Aliás, "ter direito" é, no falar diário, ambíguo, se não equívoco; Goethe tinha direito de escrever o que quisesse e, ainda naquele tempo, poderíamos ver no escrever o exercício de (direito de) liberdade de trabalho intelectual; A tem direito de se zangar com B, por B ter sido grosseiro, e vê-se bem que se está no mundo fáctico, a falar-se de direito, em sentido amplíssimo, que não é o sociológico, nem o técnico. Toda conveniência há em se evitar êsse sentido, extremamente largo, do falar comum; porém os juristas mesmos pecam em não verem que o direito abrange maior campo do que aquele que costumam, na rotina do ensino, da judicatura, ou da elaboração das leis, apontar ou pesquisar. Se A toma banho na praia, exerce direito de que êle não cogita, e é direito como os outros; se B vai ao cabeleireiro, com a filha, e diz que deseja as tranças do cabelo cortado, exerce direito. Onde quer que se distribuam bens da vida, inclusive os que se ligam à própria pessoa, aí está o sistema jurídico. Quem diz "aí está o sistema jurídico" diz há elementos fácticos sôbre os quais incidiu regra jurídica. Tal regra pode ser escrita, ou não escrita; em ambos os casos, faz parte do sistema jurídico, que é um cálculo lógico. A cada momento surgem problemas que sòmente podem ser resolvidos se se obedece a indicações e raciocínios exatos.

A incidência da regra jurídica é que torna jurídicos os bens da vida. Muitas vêzes, porém, a incógnita é a regra jurídica; outras vêzes, o conjunto de fatos, o *suporte fáctico,* em que a regra jurídica incide. Ali, responde-se às perguntas – "¿Há a regra jurídica e qual é?"; aqui, a duas outras "¿Quais os elementos que compõem o suporte fáctico; e qual a natureza de cada um dêles?" Tais questões são inconfundíveis com as da irradiação de efeitos dessa impressão da norma jurídica no suporte fáctico.

Por onde se vê que não é de admitir-se, em ciência, que se comece a exposição, a falar-se dos efeitos, da eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções), antes de se descrever *como* os elementos do mundo fáctico penetram no mundo jurídico. O direito dos nossos tempos, depois de se haver o homem libertado do direito do clã e da tribo, bem como do privatismo oligárquico da Idade Média, é baseado em que cada um tem *campo de autonomia* em que pode rumar, como entenda, a sua vida. Supõe-se em cada uma aptidão biológica, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus. A intervenção do Estado é excepcional, pôsto que, na elaboração das leis, se adotem – para os indivíduos e para o Estado – regras que não podem ser alteradas pela vontade de cada um. Algumas criam direitos; outras, deveres; outras, pretensões, obrigações e ações, ou só pretensões e obrigações. Outras criam direitos sem os subjetivar, de modo que o efeito, a que então se chama direito, é *reflexo* da norma jurídica que incidiu, sem ser, pois, o seu efeito adequado ou, sequer, anexo. Nem sempre o efeito reflexo cria direito sem subjetivação; o interêsse é protegido sem a criação de direito subjetivo, ou, sequer, direito. Todavia, guardemo-nos de reduzir a essa categoria alguns fatos do mundo jurídico, que ofereceram dificuldades às gerações anteriores ao terem de os classificar (*e. g.,* a lesão da propriedade, ou da pessoa); e mais ainda nos havemos de precatar contra discriminações concretas entre direito e interêsses protegidos que corresponderam a momentos já passados, a momentos em que eram verdadeiras (hoje não mais o são), tanto mais quanto tais discriminações podem ter resultado de deficiência do direito público de povos grandemente progredidos no direito privado. A afirmativa, por exemplo, de que não há no sistema jurídico regra que proíba, em geral, causar dano à pessoa ou ao patrimônio alheio (*e. g.,* A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil,* I, 56) é falha: primeiro, desatende-se a que essa regra jurídica pode ser não-escrita e a que as regras jurídicas de sanções supõem a regra jurídica que se há de ter violado; segundo, não se vê que, noutro ramo do direito, que é o direito público, às vêzes no direito constitucional, a regra jurídica, que se supõe, vem, de ordinário, escrita.

5. Quando se trata de direito privado contemporâneo, poucos são os que se dão conta de que há mais de dois mil anos se vem elaborando toda a doutrina de que desfrutamos. Em verdade, foi como se, através desses milênios, estivesse o homem a descobrir o que seria melhor – ou é melhor – para regular as relações inter-humanas. "Descobrir" é o têrmo; pouco se criou: revelou-se, nos livros de doutrina, nas elaborações de regras jurídicas e nas críticas, o que se presta a resolver os problemas do interêsse humano. Às vêzes por muitos séculos se procurou solução. No final, o direito, ainda o direito não-costumeiro, é a obra de milhares e milhares de inteligências. Daí ter-se de colher, aqui e ali, a verdade. Fácil é assim imaginar-se o que representa de esfôrço intelectual, de pesquisa, a Parte Geral do Direito Privado.

6. A respeito de conter, ou não, o Código Civil regras jurídicas de direito administrativo (portanto, heterotópicas), e de poder alguma regra de direito civil ser invocada como subsidiária do direito público, especialmente administrativo, tem havido graves confusões, provenientes de leitura apressadas de livros estrangeiros. No art. 1.°, diz-se que o Código Civil regula "os direitos e obrigações de ordem privada", de modo que é o fundo comum para o direito civil e o comercial; porém não para o direito público: para êsse, a regra jurídica de direito privado sòmente pode ser invocada se é elemento do suporte fáctico de alguma regra jurídica publicística o fato jurídico privatístico, ou se – o que é causa das maiores confusões nos inexpertos – a regra jurídica privatística revela, no plano do direito privado, a existência de princípio geral de direito que também *se há* de revelar no direito público. Exemplo de discussão imprecisa por ocasião dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, a 23 de junho de 1943, 5 de junho de 1944 e 5 de agôsto de 1949 (*R. dos T.*, 148, 777; *R. de D. A.*, II, 560; *R. F.*, 129, 120). Em voto no acórdão da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 23 de fevereiro de 1948 (*R. dos T.*, 184, 351), procurou-se critério distintivo, dizendo-se que, em direito privado, se permite o que não é proibido, ao passo que, no direito público, só se pode fazer o que é permitido; mas isso é fácil dito, sem qualquer apoio em princípios, – tanto há regras jurídicas permissivas e proibitivas no direito privado quanto no público e o campo da liberdade, no direito público, é ainda mais vasto do que no direito privado.

7. A *Parte Geral do Direito* é um dos ramos do Direito. Todo sistema jurídico é sistema lógico. Cada ramo também o é. Não é contemplação,

nem doutrina teleológica. Há de formar sistema lógico; ou, melhor, há de ser apanhado do que é geral e comum no sistema lógico, ou geral e comum nos sistemas lógicos de que se trata. O sistema jurídico pode ser o do Estado A, ou um dos sistemas jurídicos (o direito civil, por exemplo) do Estado A; ou o dos Estados A, B, C, ou um dos sistemas dos Estados A, B, C. Ou se restrinja a definições, ou explicite princípios ou regras, ou é sistema lógico ou é parte de sistema. Embora seja possível pensar-se em Parte Geral do Direito em algum sistema *hipotético* (imaginário) X, ou X, Y, Z, a Parte Geral do Direito, ou do Direito Penal, ou do Direito Privado, ou a que fôr, é a de direito *existente,* ou de sistemas jurídicos *existentes,* ou de ramo do direito *existente* ou de ramo de sistemas jurídicos *existentes.* O seu programa não pode ser o de filosofia do direito, nem o de sociologia do direito; menos ainda o de história ou etnologia do direito; nem o dela pode suprir, ou eliminar os programas dessas disciplinas, nem o de qualquer delas, nem os de tôdas o suprem, ou eliminam.

Alguns conceitos, é de notar-se, são *sôbre* os sistemas lógicos a que se dá a qualificação de jurídicos; por exigência prática, foram incluídos na Parte Geral do Direito, para se não recorrer a remissões. Outros são conceitos de que se precisa e, pois, subentendidos, o que os faz *definições.*

A *Parte Geral do Direito Privado* tem, necessariamente, de trabalhar com, os conceitos que são comuns a todos os ramos do direito e a todos os ramos do direito privado; e com os conceitos que sòmente são comuns aos ramos do direito civil, ou ao direito comercial, ou a outro ramo.

8. À doutrina pandectista do século XIX deve-se a elaboração da Parte Geral do direito civil a ponto de se haver imposto, no século XX, às codificações mais autorizadas, exceto, o que é lamentar-se, à codificação italiana. As categorias jurídicas foram classificadas; os seus conteúdos discutidos e aclarados; e não há negar-se que, aos primeiros decênios do século corrente, a tal ponto havia chegado a sistematização, que os esforços, a partir desses anos, foram em profundidade e no sentido de classificação de toda a teoria geral do direito, em irradiações do que se conseguira na Parte Geral do direito civil. Exatamente por isso, a obra, que verse, no meio do século XX, matéria que se acrisolou com tantas investigações e controvérsias, exige-se pôr-se em dia com o que deixaram os últimos grandes civilistas das três primeiras décadas e o que as duas últimas conseguiram corrigir e aperfeiçoar. Seria, porém, incompleto o pôr-se em dia, se não se atendesse ao que se irradiava, em compensação fecunda, dos outros ramos do direito.

Daí a razão de se reputar da mais alta responsabilidade empreendimento tão complexo, a despeito de caber a matéria, nos códigos, em duas centenas de artigos (§§ 1-240 do Código Civil alemão; arts. 1.º-179 do Código Civil brasileiro).

9. A divisão das matérias da Parte Geral aparece, nesta obra, pela primeira vez, em ordem lógico-científica. Primeiro, expusemos o que concerne ao *plano da existência;* depois, o que se refere ao *plano da validade;* finalmente, o que sòmente pertence ao *plano da eficácia.* O fato jurídico, primeiro, *é;* se é, e sòmente se é, pode ser *válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel,* etc.; se é, e sòmente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam. No Plano I, a regra jurídica e o suporte fáctico sôbre que ela incide são o de que de início nos incumbimos tratar; depois da incidência, que torna fato jurídico o suporte fáctico, versa-se o que define os fatos jurídicos e os classifica. A personalidade e a capacidade entram no estudo do suporte fáctico, porque de tais conceitos precisamos desde logo. No Plano II, o assunto já supõe a existência dos fatos jurídicos; mais precisamente, dos atos jurídicos (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*), fora os fatos jurídicos *stricto sensu.* São a validade, a nulidade e a anulabilidade o que mais longamente nos ocupa. No Plano III, cogitamos da *eficácia,* que supõe existência e, de ordinário, pelo menos, não ser nulo o ato jurídico. Respectivamente, Tomos I-III, IV e V-VI.

A diferença entre o mundo fáctico e o mundo jurídico vê-se bem entre o passeio que alguém faz à casa do amigo e a entrega da carta com a oferta de contrato, entre o ato de cercar, interiormente, o terreno que lhe pertence e o de invadir o terreno do vizinho, entre a avulsão interior ao terreno de A e a avulsão entre o terreno de A e o de B. Duas pessoas que se divertem jogando cartas, sem parar qualquer valor (sòmente fichas de osso ou de matéria plástica, que voltam ao dono), mantêm-se no mundo fáctico; e duas que fizeram paradas de dinheiro, fizeram entrar no mundo jurídico, desde o momento em que acordaram em tal jogo, o negócio jurídico dos arts. 1.477-1.479 do Código Civil. A diferença entre o plano da existência e o plano da eficácia percebe-se claramente quando se considera o fato jurídico e o direito, o dever, a pretensão, a obrigação, a ação e a exceção, *que são efeitos,* ou a condição e o têrmo, que só operam no plano da eficácia, e o distrato, a resolução sem ser por advento de condição ou têrmo, a própria resilição e a denúncia, que se passam no plano da existência. O distrato desfaz o ato

jurídico; a resolução resolve o ato jurídico, a resilição resile-o; a denúncia atinge o ato jurídico. A condição e o têrmo sòmente apanham efeitos.

10. A fonte mais extensa do direito civil brasileiro é o Código Civil, que teve a data de 1.º de janeiro de 1916 e entrou em vigor um ano depois. "Este Código" disse o art. 1.º, "regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações". Em têrmos científicos, evitadas as elipses: o Código Civil regula os fatos de que resultam direitos e obrigações de ordem privada, quer de natureza pessoal, quer de natureza real. Como toda codificação, o Código Civil não foi exaustivo senão por algum tempo (= até a aparição de alguma regra jurídica derrogativa, ou *a latere*) e ainda assim não foi perfeita a sua exaustividade: sòmente onde se regulou alguma matéria foi, excluído o direito anterior (art. 1.807: "Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código"). No art. 1.806, estatuíra-se: "O Código Civil entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1917".

A fonte mais extensa do Código Comercial é o Código do Comércio (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850).

Os que não vivem atentos à história dos diferentes sistemas jurídicos dificilmente podem apreciar, com profundidade, a grande vantagem, que teve o Brasil, em receber o direito português e a doutrina jurídica dos séculos XV em diante, sem que direito estrangeiro fôsse imposto por invasores ou em imitações apressadas, como aconteceu a muitos dos povos hispano-americanos, em relação ao Código Civil francês. O *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS, que nos teria dado o melhor Código Civil do século XIX, prestou-nos, não se transformando em Código Civil, o serviço de pôr-nos em dia com o que êle genialmente entrevia e permitiu-nos sorrir dos imitadores do Código Civil francês, enquanto Portugal, imitando-o, deixou que a sua história jurídica se fizesse mais nossa do que dêle. O Código Civil brasileiro é bem, como disse L. ENNECCERUS, a mais independente das codificações latino-americanas.

Para quem observa, isentamente, o que se passou com o direito comercial, nota a artificialidade com que se quis arrancar do direito privado o todo suficiente para aparecer, como autônomo, ramo de direito privado que apenas consistia em algumas leis especiais e algumas regras jurídicas concernentes aos comerciantes. Algumas leis foram soldadas ao direito comercial sem se justificar tal soldagem deliberada e violenta.

11. A obra obedece a programa rigorosamente científico: a distinção entre *mundo fáctico* e *mundo jurídico,* que é o do sistema jurídico, vem à frente, e concorre imensamente para clarear os assuntos e para a solução de problemas delicados que perturbavam a ciência européia; depois, a distinção entre o *plano da existência,* o *plano da validade* e o *plano da eficácia,* sem a qual em tantas confusões incorrem os juristas, baralhando "ser", "valer" e "ter efeito", como se fôssem equivalentes "ser", "ser válido", "ser eficaz", ou "não ser", "não ser válido", "ser ineficaz". A ciência do direito, colhendo das regras jurídicas, da sistemática e da prática os conceitos, obedece às diferenças; os juristas, aqui e ali, perdem-nas de vista. Tudo aconselha a que se ordenem as matérias com toda a precisão conceptual. Já TEIXEIRA DE FREITAS percebera que a parte do direito concernente à eficácia ("dos efeitos civis", dizia êle) havia de ser todo um livro, após as causas, as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Sòmente depois se trataria – no plano do direito civil – dos direitos pessoais e dos direitos reais. O Código Comercial fundir-se-ia, unificando-se o direito privado. Foi isso o que êle propôs em ofício de 20 de setembro de 1867, *antes* do Código suíço das Obrigações, – e a mediocridade circundante rejeitou.

Há certo fio de coerência histórica e espiritual em realizarmos, já no plano da sistematização, com o material do direito vigente, complexo e de diferentes datas, versado *lealmente,* o que, no plano da técnica legislativa, fôra o sonho do jurista brasileiro, há quase um século. Serve isso para mostrar, mais uma vez, que o Brasil tem um *destino,* que lhe traçaram o universalismo português e as circunstâncias jurídico-morais da sua história de mais de quatro séculos. É Ele, e não apenas nós (o civilista do século XIX e o autor desta obra), que planeja e executa. Somos apenas os instrumentos da sua avançada na dimensão do Tempo, a serviço da ordem jurídica e da ciência, na América e no mundo.

De nossa parte, outrem poderia levar a cabo esta obra, melhor e mais eficientemente; as circunstâncias trabalharam a nosso favor, de modo que cedo percebemos que sem elas não poderíamos, nem outrem qualquer poderia enfrentá-la. Também aí não se leve a conta de mérito excepcional do autor o que foi resultado, tão-só, da convergência, extremamente feliz, de múltiplos fatores, de ordem psíquica e de ordem material. Uma das circunstâncias foi a *prática* do direito, durante mais de quarenta anos; outra, a formação inicial, lógico-matemática; outra, a possibilidade de estar a par da ciência européia, especialmente alemã e austríaca, à custa de grandes sacrifícios. Porém não pesou menos o ter podido, materialmente,

realizar a obra, através de trinta anos de organização minudente e de disciplina estrita.

A ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático (R. VON JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik,* I, 18: "Die Wissenschaft darf, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken"). Êsse pensamento nos voltou à memória, várias vêzes ao revermos as provas deste livro. A falta de *precisão* de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos escritores de direito, que não são obrigados a aplicá-lo, pois deliberam êles-mesmos escrever. O direito que está à base da civilização ocidental só se revestirá do seu prestígio se lhe restituirmos a antiga pujança, acrescida do que a investigação científica haja revelado. Não pode *ser justo,* aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sôbre direitos, pretensões, ações e exceções.

Para honestamente se versar, hoje, o direito privado brasileiro, precisa-se de preparação de alguns decênios, quer pela necessidade de se meditarem milhares de obras, quer pela assoberbante jurisprudência que se amontoou. Por outro lado, não se pode impor ao público a exposição sistemática, sem críticas, do direito privado. Tem-se de apontar o que se diz e está errado; e chamar-se atenção para os que, com o seu gênio, descobriram, ou, com o valor das suas convicções, sustentaram a verdade.

Rio de Janeiro, 15 de março de 1954.
Rua Prudente de Morais, 1356.

SOBRE O AUTOR

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda

Nasceu em Maceió, Estado de Alagoas, em 23 de abril de 1892. Faleceu no Rio de Janeiro, em 22 de dezembro de 1979.

Foi um dos maiores juristas brasileiros. Também filósofo, matemático, sociólogo, deixou obras não só no campo do Direito, mas também da Filosofia, Sociologia, Matemática, Política e Literatura (poesia e prosa). Escreveu-as em português, francês, inglês, alemão e italiano.

- Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Recife, em 1911.
- Membro do Instituto dos Advogados do Brasil, em 1918.
- Membro Correspondente da Ordem dos Advogados de São Paulo, 16 de dezembro de 1919.
- Conselheiro da Delegação Brasileira à V Conferência Internacional Americana, 1923.
- Prêmio de Erudição da Academia Brasileira de Letras, 1924, pelo livro *Introdução à Sociologia Geral.*
- Juiz de Órfãos, 1924.
- Prêmio Único da Academia Brasileira de Letras, 1925, pelo livro *A Sabedoria dos Instintos.*
- Prêmio Pedro Lessa, da Academia de Letras, 1925.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Nacional do Rio de Janeiro, 1928.
- Delegado do Brasil à V Conferência Internacional de Navegação Aérea, 1930.
- Conferencista na *Kaiser Wilhelm-Stiftung,* em Berlim, 1931.

- Membro da Comissão de Reforma Universitária do Brasil, em 1931.
- Membro da Comissão de Constituição, em 1932.
- Chefe da Delegação do Brasil na Conferência Internacional de Navegação Aérea, em Haia, 1932.
- Professor de Direito Internacional Privado na *Académie de Droit International de la Haye,* 1932.
- Juiz dos Testamentos (Provedoria e Resíduos).
- Desembargador do Tribunal de Apelação e Presidente das Câmaras de Apelação até 1939.
- Ministro Plenipotenciário de 1.ª classe, em 1939.
- Embaixador em comissão, 3 de novembro de 1939, sendo designado para Colômbia de 1940 a 1941.
- Chefe da Delegação do Governo Brasileiro na XXVI Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Nova Iorque, 25 de setembro de 1941.
- Representante do Brasil no Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho, em Montreal, 29 de agosto de 1941; no posto de 15 de setembro de 1941 a março de 1943.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Recife, 1955.
- Ordem do Tesouro Sagrado do Império do Japão, Primeiro Grau, 1958.
- Medalha Comemorativa do Centenário do nascimento de Clóvis Beviláqua, 4 de outubro de 1959.
- Prêmio Teixeira de Freitas, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, 1961.
- Ordem do Mérito Jurídico Militar, pelo Superior Tribunal Militar, 1966.
- Medalha Monumento Nacional ao Imigrante, Caxias do Sul, 1966.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal de São Paulo, 1966.
- Comenda de Jurista Eminente, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1969.

- Professor Honorário da Faculdade de Direito de Caruaru, 26 de maio de 1969.
- Grã-Cruz do Mérito da Única Ordem da República Federal da Alemanha, 1970.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, 8 de agosto de1970.
- Professor *Honoris Causa* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 11 de agosto de 1970.
- Titular Fundador da Legião de Honra do Marechal Rondon, 5 de maio de 1970.
- Sumo Título de Mestre do Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 19 de setembro de 1970.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1971.
- Prêmio Munis Freire de Pernambuco outorgado pela Associação dos Magistrados do Espírito Santo, 12 de agosto de 1974.
- Prêmio Medalha Osvaldo Vergara outorgado pela OAB, Seção do Rio Grande do Sul, 6 de novembro de1974.
- Professor Emérito da Faculdade de Direito de Olinda, 15 de maio de 1977.
- Prêmio Medalha do Mérito Visconde de S. Leopoldo, Olinda, 15 de maio de 1977.
- Professor *Honoris Causa* da Universidade Federal de Alagoas, 1978.
- Prêmio Medalha do Mérito Artur Ramos outorgado pelo Governador de Alagoas, março de 1978.
- Imortal da Academia Brasileira de Letras, 8 de março de 1979.
- Membro Benemérito do Diretório Acadêmico Rui Barbosa.
- Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.
- Sócio Honorário do Instituto Histórico e Geográfico de Alagoas.
- Membro da Ordem dos Advogados do Brasil.
- Membro da Academia Brasileira de Arte.

- Honra ao Mérito, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
- Grau de Grã-Cruz (Ordem Albatroz) Museu de História, Sociedade Cultural Tradicionalista.
- Membro da *Association of Symbolic Logic*.
- Membro da Academia Carioca de Letras.
- Membro da Academia de Artes.
- Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.
- Membro da Academia Brasileira de Letras.
- Cidadão Honorário de Minas Gerais.

OBRAS PRINCIPAIS DO AUTOR

JURÍDICAS

Sistema de Ciência Positiva do Direito (1922), 2 Tomos; 2. ed., 1972, 4 Tomos.

Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional (1932).

Tratado do Direito Internacional Privado, 2 Tomos (1935).

Tratado das Ações, I-VII (1971-1978).

Tratado de Direito Privado, Tomos I-LX, 3. ed.

Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil (1934), Tomos I e III.

Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937, 1.º e 3.º Tomos.

Comentários à Constituição de 1946, 3. ed., Tomos I-VIII.

Comentários à Constituição de 1967, Tomos I-VI; 2. ed., com Emenda n. 1.

La Conception du Droit internacional privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit Internacional de La Haye*, T. 39, 1932.

La Création et la Personalité des personnes juridiques en Droit international privé, Mélanges Streit, Athènes, 1939.

Nacionalidade e Naturalização no Direito brasileiro (1936).

À Margem do Direito (1912).

História e Prática do Habeas Corpus (1916); 7. ed. (1972), 2 Tomos.

Tratado de Direito de Família, 3. ed., 3 Tomos (1947).

Da Promessa de Recompensa (1927).

Das Obrigações por Atos Ilícitos, 2 Tomos (1927).

Dos Títulos ao Portador (1921); 2. ed., 2 Tomos.

Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, história, lacunas e incorreções do Código Civil (1928).

Tratado dos Testamentos, 5 Tomos (1930).

Tratado do Direito Cambiário: I. Letra de Câmbio. II. Nota Promissória. III. Duplicata Mercantil. IV. Cheque, 2. ed., 4 Tomos (1954-1955).

Tratado de Direito Predial (1953); 5 Tomos, 2. ed.

Comentários ao Código de Processo Civil (1939), 2. ed., Tomos I-IX.

Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973), Tomos I-XVII.

Embargos, Prejulgados e Revista no Direito processual brasileiro (1937).

Tratado da Ação Rescisória (1973), 5. ed.

História e Prática do Arresto ou Embargo (1937).

Conceito e Importância da "unitas actus" (1939).

Die Zivilgesetz der Gegenwart, Band III, *Brasilien* (Einleitung von Dr. Pontes de Miranda), unter Mitwirkung von Dr. Pontes de Miranda u. Dr. Fritz Gericke, herausgegeben von Dr. Karl Heinscheimer (1928).

Rechtsgefühl und Begriff des Rechts (1922).

Begriff des Wertes und soziale Anpassung (1922).

Brasilien, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, do Prof. Dr. Franz Schlegelberger, em colaboração (1929).

Questões Forenses, 8 Tomos (1953).

Princípio da relatividade gnosiológica e objetiva (1961).

Dez anos de Pareceres, 1-10 (1974-1977).

De Filosofia

O Problema Fundamental do Conhecimento (1937), 2. ed. (1972).

Garra, Mão e Dedo (1953).

Vorstellung von Raune, *Alti del V Congresso Internazionale di Filosofia* (1924), Napoli, 1925.

Sociológicas

Introdução à Sociologia Geral (1926), 1.º prêmio da Academia Brasileira de Letras.

A Moral do Futuro (1913).

Democracia, Liberdade, Igualdade, os três caminhos (1945).

Introdução à Política Científica (1924).

Método de Análise Sociopsicológica (1925).

O Novos Direitos do Homem (1933).

Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho (1935).

Direito à Educação (1933).

Anarquismo, Comunismo, Socialismo (1933).

Los Principios y Leis de Simetria en la Sociologia General, Madrid, 1925.

Literárias

Poèmes et chansons (1969).

Obras Literárias (1960), 2 Tomos.

A Sabedoria dos Instintos (1921), 1.º prêmio da Academia de Letras, 2. ed., 1924.

A Sabedoria da Inteligência (1923).

O Sábio e o Artista, edição de luxo (1929).

Penetração, poemas, edição de luxo (1930).

Inscrições da Estela Interior, poemas, edição de luxo (1930).

Epiküre der Weisheit, München, 2. ed. (1973).

SOBRE O ATUALIZADOR

Ovídio Rocha Barros Sandoval

Advogado em Ribeirão Preto/SP. Autor de diversos artigos publicados em revistas especializadas. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo, desde o ano de 1988. Titular da cadeira n. 18, cujo patrono é o "Professor Vicente Ráo", da "Academia Ribeirãopretana de Letras Jurídicas". Juiz de Direito aposentado, tendo exercido os cargos de Juiz de Direito Corregedor da Corregedoria-Geral de Justiça e de Juiz Auxiliar e Corregedor do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ex-Professor Assistente da cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualizou, anotou e complementou as obras clássicas de Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos* e *Ato jurídico*, publicado pela Editora Revista dos Tribunais. A primeira em 3.ª edição, já esgotada, pela Editora Revista dos Tribunais, tendo saído, no ano de 1997, pela mesma Editora a 4.ª edição, em 1999 a 5.ª edição, em 2004 a 6.ª edição, estando em preparo a 7.ª edição. A segunda, também em 3.ª edição, já esgotada, tendo saído, pela mesma Editora, no ano de 1997, a 4.ª edição e em 1999 a 5.ª edição, estando em preparo a 6.ª edição. Atualizou, anotou e complementou a obra *Culpa e risco* de Alvino Lima, pela Editora Revista dos Tribunais. Atualizou as obras do Professor José Frederico Marques, dentre outras obras.

PLANO GERAL DA COLEÇÃO

PARTE GERAL

Tomo I – Introdução. Pessoas físicas e jurídicas.

Tomo II – Bens. Fatos Jurídicos.

Tomo III – Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova.

Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade.

Tomo V – Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações.

Tomo VI – Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição.

PARTE ESPECIAL

Tomo VII – Direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (Existência e validade do casamento).

Tomo VIII – Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento.

Tomo IX – Direito de Família: Direito Parental. Direito Protetivo.

Tomo X – Direito das Coisas: Posse.

Tomo XI – Direito das Coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária.

Tomo XII – Direito das Coisas: Condomínio. Edifício de apartamentos. Compáscuo. Terras devolutas. Terras de silvícolas.

Tomo XIII – Direito das Coisas: Loteamento. Direitos de vizinhança.

Tomo XIV – Direito das Coisas: Pretensões e ações imobiliárias dominicais. Perda da propriedade imobiliária.

Tomo XV – Propriedade mobiliária (bens corpóreos).

Tomo XVI – Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade intelectual. Propriedade industrial.

Tomo XVII – Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade industrial (sinais distintivos).

Tomo XVIII – Direito das Coisas: Direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões.

Tomo XIX – Direito das Coisas: Usufruto. Uso. Habitação. Renda sobre o imóvel.

Tomo XX – Direito das Coisas: Direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese.

Tomo XXI – Direito das Coisas: Penhor rural. Penhor industrial. Penhor mercantil. Anticrese. Cédulas rurais pignoratícias, hipotecárias e mistas. Transmissões em garantia.

Tomo XXII – Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações.

Tomo XXIII – Direito das Obrigações: Auto-regramento da vontade e lei. Alteração das relações jurídicas obrigacionais. Transferência de créditos. Assunção de dívida alheia. Transferência da posição subjetiva nos negócios jurídicos.

Tomo XXIV – Direito das Obrigações: Efeitos das dívidas e das obrigações. Juros. Extinção das dívidas e obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em consignação para adimplemento. Alienação para liberação. Adimplemento com sub-rogação. Imputação. Compensação.

Tomo XXV – Direito das Obrigações: Extinção das dívidas e obrigações. Dação em soluto. Confusão. Remissão de dívidas. Novação. Transação. Outros modos de extinção.

Tomo XXVI – Direito das Obrigações: Conseqüências do inadimplemento. Exceções de contrato não adimplido, ou adimplido insatisfatòriamente, e de inseguridade. Enriquecimento injustificado. Estipulação a favor de terceiro. Eficácia protectiva de terceiro. Mudanças de circunstâncias. Compromisso.

Tomo XXVII – Concurso de credores em geral. Privilégios. Concurso de credores civil.

Tomo XXVIII – Direito das Obrigações: Falência. Caracterização da falência e decretação da falência. Efeitos jurídicos da decretação da falência. Declaração de ineficiência relativa de atos do falido. Ação revocatória falencial.

Tomo XXIX – Direito das Obrigações: Administração da massa falencial. Restituições e vindicações. Verificação de créditos. Classificação de créditos. Inquérito judicial. Liquidação. Extinção das obrigações.

Tomo XXX – Direito das Obrigações: Concordatas. Crimes falenciais. Liquidações administrativas voluntárias e coativas.

Tomo XXXI – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas unilaterais. Traspasso bancário. Promessa de recompensa. Concurso.

Tomo XXXII – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais. Títulos ao portador.

Tomo XXXIII – Direito das Obrigações: Títulos ao portador (continuação). Títulos nominativos. Títulos endossáveis.

Tomo XXXIV – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais. Direito cambiário. Letra de Câmbio.

Tomo XXXV – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais. Direito cambiário. Letra de Câmbio. Nota promissória.

Tomo XXXVI – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos unilaterais Direito cambiariforme. Duplicata mercantil. Outros títulos cambiariformes.

Tomo XXXVII – Direito das Obrigações: Negócios Jurídicos unilaterais. Direito cambiariforme. Cheque. Direito extracambiário e extracambiariforme. Direito internacional cambiário e cambiariforme.

Tomo XXXVIII – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilarerais. Pressupostos. Vícios de direito. Vícios do objeto. Evicção. Redibição. Espécies de negócios jurídicos bilaterais e de negócios jurídicos plurilaterais.

Tomo XXXIX – Direito das Obrigações: Compra-e-venda. Troca. Contrato estimatório.

Tomo XL – Direito das Obrigações: Locação de coisas. Locação de uso. Locação de uso e fruição.

Tomo XLI – Direito das Obrigações: Locação de coisas. Renovação de contrato de locação. Fretamento.

Tomo XLII – Direito das Obrigações: Mútuo. Mútuo a risco. Contrato de conta corrente. Abertura de crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito.

Tomo XLIII – Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem.

Tomo XLIV – Direito das Obrigações: Expedição. Contrato de agência. Representação de emprêsa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida. Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e de cinema. Empreitada.

Tomo XLV – Direito das Obrigações: Contrato de transporte. Contrato de parceria. Jôgo e aposta. Contrato de seguro. Seguros terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aeronáuticos.

Tomo XLVI – Direito das Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de vida. Seguros de acidentes pessoais. Seguro de responsabilidade. Seguro de crédito. Seguros de riscos especiais e de universalidade. Seguros mútuos. Resseguro. Contrato de comodato. Contrato de doação. Contrato de hospedagem.

Tomo XLVII – Direito das Obrigações: Contrato de locação de serviços. Contrato de trabalho.

Tomo XLVIII – Direito das Obrigações: Contrato coletivo do trabalho. Contratos especiais de trabalho. Preposição comercial. Ações. Acôrdos em dissídios coletivos e individuais. Contrato de trabalho rural.

Tomo XLIX – Contrato de sociedade. Sociedades de pessoas.

Tomo L – Direito das Obrigações: Sociedade por ações.

Tomo LI – Direito das Obrigações: Sociedade por ações (continuação). Sociedade em comandita por ações, Controle das sociedades. Sociedades de investimento, de crédito e de financiamento.

Tomo LII – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bancários e de Bolsa. Corretagem de seguros. Transferência de propriedade mobiliária, em segurança. Subscrição, distribuição e colocação de títulos e valores mobiliários.

Tomo LIII – Direito das Obrigações: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais.

Tomo LIV – Direito das Obrigações: Responsabilidade das emprêsas de transporte. Exercício ilícito na Justiça. Danos à pessoa. Acidentes do trabalho. Pretensão e ação. Dever de exibição. Liquidação das obrigações. Cominação.

Tomo LV – Direito das Sucessões: Sucessão em Geral. Sucessão legítima.

Tomo LVI – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

Tomo LVII – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

Tomo LVIII – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Disposições testamentárias em geral. Formas ordinárias do testamento.

Tomo LIX – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamentos. Codicilo. Revogação.

Tomo LX – Direito das Sucessões: Testamenteiro. Inventário e Partilha.

TÁBUA SISTEMÁTICA DAS MATÉRIAS

PARTE II

BENS

CAPÍTULO I

ELEMENTOS OBJETIVOS DO SUPORTE FÁCTICO

§ 113. CONCEITO DE OBJETO DE DIREITO 57

1. Coisa e objeto de direito. 2. Interpersonalidade das relações jurídicas

§ 114. ANÁLISE DAS ATITUDES 59

1. Crítica às atitudes da doutrina. 2. Terceira atitude. 3. Objeto de direito, "in abstracto". 4. Interêsse e objeto de direito

§ 115. CONCEITO DE COISA 64

1. Objeto e coisa. 2. Coisas simples e coisas compostas. 3. Direitos objeto de direitos

§ 116. O CORPO HUMANO E O DIREITO 66

1. Homem vivo e cadáver. 2. Parte do corpo. 3. Partes corporais artificiais. 4. Cadáver humano

§ 117. OBJETO DE DIREITO 74

1. Conteúdo do conceito. 2. Relação jurídica e objeto. 3. Classificação dos direitos por seu objeto. 4. Coloração do objeto como elemento do suporte fáctico. 5. Coisas corpóreas e coisas incorpóreas

§ 118. CONCEITO DE BENS 80

1. "Bem", no Código Civil. 2. Iniciativa como bem

§ 119. VALOR E OBJETO DE DIREITO 82

1. Valor. 2. Determinação do valor

CAPÍTULO II

ESPÉCIES DE COISAS E DE BENS

§ 120. COISAS FUNGÍVEIS E COISAS NÃO-FUNGÍVEIS 85

1. Conceitos. 2. O art. 50

§ 121. COISAS CONSUMÍVEIS E COISAS INCONSUMÍVEIS 87
1. Conceitos. 2. Consumibilidade por destino. 3. Precisão de conceitos

§ 122. DINHEIRO 89
1. Conceitos. 2. Espécies de dinheiro. 3. Consumibilidade

§ 123. NOMES DAS COISAS 91
1. Coisas têm nome. 2. Espécies. 3 Escolha do nome das coisas. 4. Direitos oriundos do nome das coisas

§ 124. BENS IMÓVEIS 93
1. Conceito. 2. Partes integrantes. 3. Bens imóveis por lei

§ 125. BENS MÓVEIS 100
1. Conceito. 2. Bens móveis por lei. 3. Materiais de construção

§ 126. COISAS DIVISÍVEIS E COISAS INDIVISÍVEIS 102
1. Conceitos. 2. A definição do Código Civil

§ 127. PARTES INTEGRANTES 103
1. Conceito de parte integrante. 2. Coisa e parte integrante. 3. Todo e conceito de todo. 4. Produtos do prédio. 5. Incorporação permanente ao solo. 6. Coisas em par. 7. Partes integrantes e coisas simples. 8. Parte integrante essencial e natureza da coisa. 9. Plantações e sementeiras. 10. Partes integrantes não-essenciais. 11. Direitos reais

§ 128. PARTES INTEGRANTES ESSENCIAIS DO IMÓVEL 115
1. O art. 43, I e II. 2. Parcialização, segundo o art. 43, I. 3. Parcialização segundo o art. 43, II. 4. Natureza das regras jurídicas do art. 43, I e II. 5. Art. 43, III

§ 129. FALSAS PARTES INTEGRANTES 121
1. Arg. ao art. 43, I e II. 2. União e parcialização verdadeira ou falsa. 3. Princípio da oposição entre o exercício de direito e a parcialização

§ 130. DIREITOS REAIS PARTES INTEGRANTES 123
1. Parcialização de direitos reais. 2. Conseqüências jurídicas. 3. Precisão de conceitos

§ 131. DESINTEGRAÇÃO E MOBILIZAÇÃO 124
1. Transitoriedade da integração. 2. Pressuposto da desimobilização. 3. O art. 46. 4. Direito à sucessão aberta

§ 132. DIREITOS REAIS BENS IMÓVEIS 127
1. Direitos reais. 2. Pertença

§ 133. AÇÕES BENS IMÓVEIS 128
1. Ações que asseguram direitos reais. 2. Ações possessórias. 3. Ações do locatário

§ 134. COISAS SIMPLES E COISAS COMPOSTAS 130
1. Conceitos. 2. "Singulares" e "coletivas"

§ 135. COISAS SINGULARES E COISAS COLETIVAS, BENS SINGULARES E BENS COLETIVOS 131
1. Bem coletivo. 2. Universalidades. 3. "Universitas facti" e "universitas iuris"

§ 136. COISAS FORA DO COMÉRCIO 134
1. Conceituação. 2. Crítica

§ 137. COISAS PRESENTES E COISAS FUTURAS 135
1. Conceito. 2. Posse e coisa futura

§ 138. RELAÇÃO DE SECUNDARIEDADE 136
1. Acessoriedade. 2. Uso do tráfico

§ 139. PRODUTOS, FRUTOS E BENFEITORIAS 138
1. Três conceitos. 2. Frutos e pertenças. 3. Obras aderidas

§ 140. FRUTOS 141
1. Conceito de frutos. 2. Lugar próprio na sistemática do direito privado. 3. Partes do solo. 4. Direito romano e o "partus ancillae". 5. Vegetais. 6. Frutos civis. 7. Fruto e valor. 8. Fruto e dimensão do tempo. 9. Frutos e diminuições do bem. 10. Separação dos frutos. 11. Fruto de direito. 12. Lucro e frutos

§ 141. MINAS 161
1. Antecedentes legislativos. 2. Minas, conceituação. 3. Subsolo e minas. 4. Regalia mineira e princípio da livre pesquisa. 5. Princípio da livre pesquisa

§ 142. COISAS PRINCIPAIS E COISAS SECUNDÁRIAS 172
1. O art. 58. 2. Interpretação dos arts. 58 e 64. 3. Pertença

§ 143. PERTENÇAS 175
1. Conceito de pertença. 2. Distinções necessárias. 3. O Direito anterior e o Código Civil

§ 144. FONTE DA PERTINENCIALIDADE 183
1. Ato-fato jurídico. 2. Direito suíço. 3. Poder de disposição e pertinencialidade

§ 145. RELAÇÃO DE PERTINENCIALIDADE 185
1. Natureza da relação. 2. Pressupostos da pertinencialidade. 3. Fim da utilização. 4. Relação espacial. 5. Uso do tráfico

§ 146. ÔNUS DA PROVA 190
1. Regra sôbre o ônus da prova. 2. Presunção

§ 147. EFEITOS JURÍDICOS DA PERTINENCIALIDADE 191
1. Crítica à expansão. 2. Origens

§ 148. EXTINÇÃO DA PERTINENCIALIDADE 193
1. Desapropriação de pressuposto. 2. Direito luso-brasileiro

§ 149. CONCEITO DE PARAPERTINENCIALIDADE 194
1. Coisas e direitos. 2. Parapertinencialidade

§ 150. BENS PRIVADOS E BENS PÚBLICOS 195
1. Conceitos, no direito brasileiro. 2. O art. 69. 3. Bens de uso comum do povo. 4. Bens do art. 66, II. 5. Bens do art. 66, III. 6. Bens públicos "stricto sensu"

§ 151. BENS DE TODOS 201
1. Conceitos. 2. O art. 66, II. 3. Uso comum

§ 152. INALIENABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS 204
1. Conceito de inalienabilidade. 2. Bens legalmente inalienáveis. 3. Inalienabilidade absoluta. 4. Alcance da cláusula de inalienabilidade. 5. Cessação da inalienabilidade

§ 153. A ENERGIA ELÉTRICA E O DIREITO 209
1. Natureza do bem. 2. Vacilações. 3. Classificação

CAPÍTULO III
SUB-ROGAÇAO

§ 154. CONCEITO DE SUB-ROGAÇÃO 211
1. Sub-rogar. 2. Princípio de sub-rogação. 3. Análise do fato da sub-rogação. 4. Operação sub-rogatória. 5. Pressupostos e eficácia

CAPÍTULO IV
BENS PÚBLICOS E DESTINAÇÃO

§ 155. USO DOS BENS PÚBLICOS 221
1. Conteúdo do art. 66. 2. Dever de cuidar. 3. Vias públicas por ato de particulares. 4. Alteração, substituição e supressão da via pública. 5. Águas públicas. 6. Uso comum de águas

§ 156. ÁGUAS E MARGENS 228
1. Conceito e espécies de águas. 2. Águas comuns. 3. Margens, bem público, e margens, bens particulares. 4. Medidas administrativas nas margens dos bens públicos. 5. Indenização pelos proprietários das margens. 6. Ônus da prova. 7. Responsabilidade da entidade de direito público

CAPÍTULO V
COISAS FORA DO COMÉRCIO E LIMITAÇÕES À PROPRIEDADE

§ 157. COISAS FORA DO COMÉRCIO 241
1. Conceito romano. 2. Coisas não-suscetíveis de ser objeto de direito e outros conceitos. 3. Fontes da extra-comercialidade

§ 158. BENS DE VALOR HISTÓRICO E ARTÍSTICO 243
1. Tombamento de bens de valor histórico ou artístico. 2. Gravação de bens tombados. 3. Privilégio especial. 4. Direito de vizinhança. 5. Infrações da lei administrativa e medidas a serem tomadas. 6. Entidades estatais

PARTE III
FATOS JURÍDICOS

CAPÍTULO I
FATOS JURÍDICOS

§ 159. CONCEITO DE FATO JURÍDICO 253
1. Fatos do mundo e fatos de direito. 2. Entrada no mundo jurídico. 3. Classificação dos fatos jurídicos

CAPÍTULO II
FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

§ 160. FATOS JURÍDICOS E FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" 257
1. Conceito. 2. Efeitos dos fatos jurídicos "stricto sensu"

§ 161. VIDA HUMANA 259
1. Concepção e nascimento do homem. 2. Sexo. 3. Duração da vida. 4. Defeitos fisiológicos. 5. Ausência. 6. Parentesco. 7. Morte. 8. O fato de sobreviver a outrem

CAPÍTULO III
FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

§ 162. FATOS JURÍDICOS E FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS 265
1. Conceito de fatos jurídicos ilícitos. 2. Ato-fato jurídico ilícito

§ 163. ESPÉCIES DE FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS 266
1. Análise das espécies. 2. Ofensa a direitos absolutos

Capítulo IV
ATOS ILÍCITOS "LATO SENSU"

§ 164. CONCEITO LATO DE ILICITUDE 275
1. Ilicitude e reparação, insuperponibilidade conceptual. 2. Atos ilícitos "stricto sensu". 3. Atos ilícitos caducificantes. 4. Atos ilícitos relativos

§ 165. GENERALIDADES SÔBRE O ILÍCITO "LATO SENSU" 282
1. Definição. 2. Ato e omissão (ato negativo). 3. Proteção pelo direito e contrariedade a direito. 4. A chamada "culpa in contrahendo"

I. ATOS ILÍCITOS "STRICTO SENSU"

§ 166. CONCEITOS E ELEMENTOS DO SUPORTE FÁCTICO 288
1. Atos ilícitos "stricto sensu", elemento diferencial. 2. Ilícito absoluto e ilícito relativo. 3. Espécies fronteiriças

II. ATOS ILÍCITOS CADUCIFICANTES

§ 167. POSIÇÃO DO PROBLEMA 291
1. Caducidade, espécie de preclusão. 2. Espécies

§ 168. CONCEITO DE CADUCIDADE 292
1. Cair e decair. 2. Direito de resolução e caducidade. 3. Cláusulas cassatórias e privativas

III. ATOS ILÍCITOS RELATIVOS

§ 169. CONCEITO 294
1. Fato ilícito e ato ilícito relativos. 2. Composição do ato ilícito relativo

§ 170. PLURALIDADE DE REGRAS JURÍDICAS (ILÍCITO ABSOLUTO E ILÍCITO RELATIVO) 295
1. Multiplicidade de incidências. 2. Teorias a respeito da pluralidade das regras jurídicas. 3. Cumulação e escolha

§ 171. SOLUÇÃO DA QUESTÃO 299
1. Natureza das relações jurídicas. 2. Análise das espécies. 3. Aparente contradição entre regras jurídicas. 4. Falsa alternatividade

§ 172. A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE, CULPOSA, DA PRESTAÇÃO 304
1. Culpa e obrigação preexistente. 2. Impossibilidade parcial. 3. Concorrência de efeitos jurídicos e impossibilidade. 4. Estado de necessidade. 5. Concorrência polarizada de interêsses. 6. Dificuldade extraordinária. 7. Indenização; pretensão primária e pretensão secun-

dária. 8. Obrigações genéricas. 9. Obrigações específicas. 10. Impossibilidades objetivas externas

§ 173. INADIMPLEMENTO SIMPLES OU VIOLAÇÃO NEGATIVA DA PRETENSÃO 316

1. Conceito de inadimplemento. 2. Violação negativa. 3. Precisão de conceitos: violação negativa de obrigação negativa e de obrigação positiva. 4. Violação negativa do dever de omissão. 5. O art. 961 do Código Civil

§ 174. VIOLAÇÃO POSITIVA POR ATO ILÍCITO RELATIVO (ADIMPLEMENTO RUIM E QUEBRA DA PROMESSA) 320

1. As duas espécies de violação. 2. Quando a violação é positiva. 3. Violação positiva e violação negativa de obrigação de não fazer. 4. Reparação

§ 175. CONCEITO DE CULPA 324

1. Elemento fáctico da culpa. 2. Causa e culpa. 3. Culpa e liberdade

§ 176. ESPÉCIES DE CULPA 327

1. "Dolus" e "culpa". 2. Direito privado e direito penal

§ 177. CONCEITO DE DOLO 328

1. Dolo como elemento fáctico. 2. Previsão e vontade, distinção necessária. 3. Ligação do ato à contrariedade a direito; êrro de direito e dolo. 4. Consciência da contrariedade a direito

§ 178. GRAUS DE NEGLIGÊNCIA 333

1. Cuidado e negligência. 2. Medida do cuidado; espécies de diligência. 3. Princípio primitivo da responsabilidade pelo dolo e princípio da responsabilidade pela culpa. 4. Atividade profissional e natureza do ato, como elementos agravativos. 5. Agravação negocial de diligência. 6. Omissão negligente. 7. Negligência, critério objetivo e abstrato na apreciação. 8. Sobrestimação de si-próprio. 9. Ignorar o direito é negligência embora possa não haver dolo no êrro de direito. 10. Princípio da suficiência de qualquer culpa

§ 179. CASO FORTUITO E FÔRÇA MAIOR 344

1. Conceitos. 2. Fôrça maior e caso fortuito como pré-eliminadores de suficiência do suporte fáctico

§ 180. IMPUTABILIDADE 345

1. Conceito de imputabilidade. 2. Responsabilidade civil e responsabilidade penal. 3. Culpa e responsabilidade; responsabilidade sem culpa

§ 181. CULPA "IN ABSTRACTO" E CULPA "IN CONCRETO" 348

1. Suporte fáctico e negligência. 2. Dever de diligência

CAPÍTULO V
PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO

§ 182. CONCEITO DA PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO 351

1. Contrariedade a direito, elemento do suporte fáctico. 2. Espécies de pré-exclusão da contrariedade a direito

I. LEGÍTIMA DEFESA

§ 183. CONCEITO E LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA 354

1. Auto-defesa e auto-tutela. 2. Natureza da regra jurídica sôbre legítima defesa. 3. Princípio da proporcionalidade do dano ao perigo. 4. Atos de autoridade pública e legítima defesa. 5. Se existe direito subjetivo à legítima defesa. 6. Incapacidade absoluta e legítima defesa. 7. Legítima defesa própria e legítima defesa alheia. 8. Lentidão na conceituação da legítima defesa

§ 184. PROPORÇÃO AO PERIGO E LIMITAÇÃO DA DEFESA 368

1. Princípio da proporcionalidade e princípio da limitação da defesa. 2. Determinação objetiva da proporção

II. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

§ 185. CONCEITUAÇÃO E PROBLEMA TÉCNICO 370

1. Exercício regular de direitos, colisão de direitos e princípios para solução. 2. Tese, antítese e síntese. 3. No direito das obrigações. 4. Realização do conteúdo do direito. 5. Rejeição da tese da absolutidade

III. ESTADO DE NECESSIDADE

§ 186. CONCEITUAÇÃO E PROBLEMA TÉCNICO 374

1. Conceito de estado de necessidade. 2. Ato em estado de necessidade. 3. Periculosidade e estado de necessidade. 4. Indenização sem ilicitude do ato danificante. 5. Distinção entre legítima defesa e estado de necessidade. 6. Limitação da propriedade e outros direitos patrimoniais pela regra jurídica do art. 160, II. 7. Pressuposto da iminência do perigo. 8. Legítima defesa contra ato em estado de necessidade. 9. Sujeito passivo quanto à reparação

§ 187. DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO 384

1. Estado de necessidade e reparação. 2. Ato-fato jurídico e legitimação passiva para a reparação. 3. Ação regressiva; fatos jurídicos de que deriva. 4. Responsabilidade por culpa. 5. Absolutamente incapazes e reparação

IV. INTROMISSÃO ESTATAL OU NÃO-ESTATAL NA ESFERA JURÍDICA ALHEIA

§ 188. ESFERA JURÍDICA ALHEIA E INTROMISSÃO 387
1. Limites dos direitos. 2. Intervenção sem violação

§ 189. (A) INTROMISSÕES PERMITIDAS POR DIREITO PÚBLICO NA ESFERA JURÍDICA ALHEIA 389
1. Intromissões e pré-exclusão da contrariedade a direito. 2. Limitação legal da esfera jurídica e intromissão legal. 3. Exemplos de intromissões legais

§ 190. (B) INTROMISSÕES EM VIRTUDE DE DIREITO PRIVADO 390
1. Atos de direito privado intromissivos. 2. Limitações legais; princípio da absolutidade e princípio da interadaptação ou relatividade dos direitos. 3. Espaço aéreo e subsolo

V. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA

§ 191. AS JUSTIÇAS NO PASSADO E NO PRESENTE 393
1. Conceito de justiça de mão própria; legítima defesa e ato em estado de necessidade. 2. Princípio do monopólio judicial e justiça de mão própria. 3. Dados históricos. 4. Direito contemporâneo

§ 192. INELIDIBILIDADE DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA 400
1. Se a justiça de mão própria pode vir a desaparecer. 2. Fatôres psíquicos individuais

§ 193. A SEMELHANÇA COM OUTRAS CATEGORIAS 402
1. Justiça de mão própria e legítima defesa. 2. Justiça de mão própria e ato em estado de necessidade

§ 194. PRESSUPOSTOS DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA 404
1. Regra jurídica escrita e regra jurídica não-escrita a propósito de pressupostos. 2. Análise dos pressupostos. 3. Legitimação passiva. 4. Excepcionalidade da justiça de mão própria

§ 195. MEIOS DE CONSTRIÇÃO 407
1. Justiça de mão própria e constrição. 2. Venda e justiça de mão própria

§ 196. CASOS VERDADEIROS E CASOS FALSOS 414
1. Prisão em flagrante por qualquer do povo. 2. Desforçamento. 3. Árvore à extrema de prédio. 4. Penhor legal. 5. Interdito "Quod vi aut clam" e exceção ao autor

§ 197. SE HÁ DIREITO SUBJETIVO À AUTO-TUTELA 418
1. Justiça de mão própria e mundo jurídico. 2. Significação jurídica da justiça de mão própria. 3. Justiça de mão própria e direito de tutela jurídica

§ 198. REPARAÇÃO DO DANO 421
1. Ato não contrário a direito. 2. Monopólio estatal da justiça e ato de justiça de mão própria

§ 199. EFICÁCIA DA DECISÃO-ATO DE JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA 422
1. Sentença e ato-decisão de justiça de mão própria. 2. Excesso na justiça de mão própria. 3. Despesas do justiçamento. 4. Medida cautelar e medida de iniciação executiva

§ 200. CONSEQÜÊNCIAS DO ÊRRO NO JUSTIÇAR 425
1. Responsabilidade do justiçador. 2. Direito penal brasileiro e justiça de mão própria

§ 201. CONCLUSÕES 426
1. Justiçador, no lugar do juiz

VI. CONSENTIMENTO

§ 202. DADOS DO PROBLEMA 430
1. Pré-exclusão da contrariedade a direito. 2. Revogação do consentimento. 3. Consentimento posterior ao ato

CAPÍTULO VI
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA CONTRARIEDADE A DIREITO E MEDIDAS PREVENTIVAS

§ 203. CONTRARIEDADE OBJETIVA A DIREITO 437
1. Conceito e conseqüências. 2. Ofensa ao direito de propriedade. 3. Indenização por turbação ou esbulho da posse. 4. Responsabilidade e "condictio"; outras espécies

§ 204. CONSEQÜÊNCIAS NÃO-REPARATIVAS 441
1. Conseqüências distintas. 2. Caducidade

§ 205. CONTRARIEDADE SUBJETIVA A DIREITO 442
1. Conceito. 2. Conseqüências

§ 206. CONTRARIEDADE TRANSUBJETIVA A DIREITO 443
1. Conceito. 2. Indústria perigosa

§ 207. MEDIDAS PREVENTIVAS 445
1. Previsão e tutela jurídica. 2. Técnica legislativa e técnica judiciária da prevenção. 3. Dever de segurança e dever de separação. 4. Abstenção e contrariedade a direito. 5. Ação de abstenção. 6. Medidas cautelares e contrariedade a direito. 7. Dever e obrigação de segurar e medida de segurança

§ 208. ANALOGIA COM A AÇÃO NEGATÓRIA 455
1. Pretensão à caução e pretensão negatória. 2. Ação de abstenção e ações de indenização e de cessação

CAPÍTULO VII

ATOS-FATOS JURÍDICOS

§ 209. CONCEITO E LUGAR EM CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS 457
1. Classe dos atos-fatos jurídicos. 2. Ato humano e ato-fato

I. ATOS REAIS

§ 210. CONCEITO DE ATOS REAIS 459
1. Espécie de atos-fatos jurídicos. 2. Exemplos de atos reais

§ 211. A) TOMADA DE POSSE 461
1. Poder fáctico. 2. Conseqüências

§ 212. B) TRADIÇÃO DA POSSE 462
1. Entrega corporal, ato-fato. 2. Conseqüências

§ 213. C) ABANDONO DA POSSE 464
1. Abandono do poder fáctico. 2. Impedimento ao exercício do poder fáctico. 3. Conseqüências

§ 214. D) DESCOBRIMENTO DE TESOURO 466
1. Natureza do ato. 2. Conseqüências

§ 215. E) ESPECIFICAÇÃO 467
1. Conceito. 2. Conseqüências. 3. Ilicitude e vícios de vontade do especificador

§ 216. F) CRIAÇÃO INTELECTUAL 468
1. Ato-fato jurídico. 2. Conseqüências

§ 217. G) OCUPAÇÃO 469
1. Ato-fato jurídico. 2. Discussão do assunto. 3. Pressupostos da ocupação. 4. Conseqüências

II. INDENIZAÇÃO SEM CULPA

§ 218. CONCEITO 474
1. Dano sem haver culpa. 2. Princípios que levam à aparição de atos-fatos jurídicos

§ 219. ESPÉCIES PRINCIPAIS 477
1. A espécie do art. 160, II, 1.ª parte, e outras espécies concernentes ao

princípio do interêsse mais relevante. 2. Princípio do perigo correlativo ao interêsse. 3. Princípio da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica. 4. Princípio da responsabilidade pela palavra. 5. Princípio da consciência da manifestação. 6. Caso fortuito e fôrça maior

III. CADUCIDADE SEM CULPA

§ 220. CONCEITO DE CADUCIDADE 481
1. Preclusão. 2. Caducidade sem culpa

§ 221. ATOS-FATOS EM ESTADO DE NECESSIDADE 482
1. Atos permitidos. 2. Conseqüências

CAPÍTULO VIII

TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS

§ 222. SUPORTE FÁCTICO COM ATO HUMANO 485
1. Fato e ato humano. 2. Manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. 3. Manifestações de vontade e recepção

§ 223. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE RECEPTÍCIAS 492
1. Conceito. 2. Chegada. 3. Tempo para a chegada. 4. Chegada entre presentes. 5. Representação e nunciatura. 6. Telefone. 7. Eficácia

§ 224. DEVER DE RECEBER MANIFESTAÇÃO DE VONTADE 503
1. Conceito. 2. Dever geral e dever especial

§ 225. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE EM ACÔRDO 505
1. Elemento essencial do negócio jurídico. 2. Oferta e convite a ofertar. 3. Oferta ao público. 4. Oferta entre presentes. 5. Oferta entre ausentes. 6. Troca de cartas. 7. Aceitação. 8. Conclusão do contrato. 9. Aceitação tardia. 10. Vendas ao público e outros contratos com pessoa a melhor oferta. 11. Telegrafia e telefonia

§ 226. CONCLUSÃO DO CONTRATO SEM RECEPTICIEDADE DA ACEITAÇÃO 531
1. Conceitos. 2. Recepticiedade dispensada

CAPÍTULO IX

ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

§ 227. CONCEITO DE ATO JURÍDICO "STRICTO SENSU" 535
1. Ato humano e ato jurídico. 2. Distinção entre atos jurídicos "stricto sensu" e negócios jurídicos. 3. Conteúdo e efeitos; direção da vontade

§ 228. CONCEITO E LUGAR NA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS 539
1. Ato humano e classificação dos fatos jurídicos

§ 229. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" 540
1. Bases para a classificação. 2. Casuística

§ 230. A) RECLAMAÇÕES OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" RECLAMATIVOS 542
1. Conteúdo das reclamações. 2. Manifestações de conhecimento sôbre manifestações futuras e hipotéticas de vontade

§ 231. B) COMUNICAÇÕES DE VONTADE OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" COMUNICATIVOS 544
1. Conteúdo das comunicações de vontade. 2. Eficácia das comunicações

§ 232. C) MANIFESTAÇÕES DE VONTADE NÃO BASTANTES EM SI OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" COMPÓSITOS ... 545
1. Manifestações de vontade. 2. Tradição (art. 493, III)

§ 233. D) EXTERIORIZAÇÕES DE REPRESENTAÇÃO OU DE SENTIMENTO OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" ENUNCIATIVOS 545
1. Enunciado de fato e mundo jurídico. 2. Recepticiedade e não-recepticiedade. 3. Alusão ao tempo em que se quis. 4. Cominações. 5. Comunicações de conhecimento por dever. 6. A que servem as comunicações de conhecimento. 7. Eficácia das comunicações de conhecimento. 8. Comunicações puras e comunicações impuras de conhecimento. 9. Exteriorização receptícia. 10. Manifestações de sentimento

§ 234. ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" MANDAMENTAIS 553
1. Conteúdo dos atos jurídicos "stricto sensu" mandamentais. 2. Espécies parecidas

§ 235. ANÁLISE DE ALGUNS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" E DE ESPÉCIES ESTRANHAS A ÊLES 554
1. Anúncio com conteúdo de manifestação de vontade. 2. Interpelação. 3. As interpelações do art. 960, parágrafo único, e do art. 1.166. 4. Remissão de dívida. 5. Pertinencialização e destinação de prédio. 6. Fatos jurídicos concernentes ao casamento. 7. Regras jurídicas comuns aos atos jurídicos "stricto sensu" e aos negócios jurídicos. 8. Discussão a respeito das cominações. 9. Natureza das apresentações. 10. Provocações e convites. 11. Avisos volitivos. 12. Declarações de vontade atos jurídicos "stricto sensu". 13. Pedidos-exigências (certidões, atestados, vias, avisos e informações, inventários). 14. Oposições, atos jurídicos "stricto sensu". 15. Recusas, atos jurídicos "stricto sensu". 16. Reclamações, atos jurídicos "stricto sensu"

§ 236. REVOGAÇÃO DE COMUNICAÇÕES DE VONTADE 567
1. Revogação pré-excludente. 2. Comunicações de vontade já recebidas

§ 237. ANÁLISE DAS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO 569
1. Comunicações de conhecimento, atos jurídicos "stricto sensu". 2. Exemplificação de comunicações de conhecimento. 3. Comunicações de conhecimento, simples elemento de suporte fáctico

§ 238. REVOGABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO 575
1. Dever de comunicar e revogação. 2. Comunicações revogáveis de conhecimento

§ 239. RECONHECIMENTO E ESPÉCIES DÊLE 577
1. Reconhecer é manifestar conhecimento. 2. Manifestação do reconhecimento e pluralidade de sentidos. 3. Negócios jurídicos de reconhecimento

§ 240. NATUREZA DO PERDÃO E DO ASSENTIMENTO À OFENSA 580
1. Diferença essencial entre os dois conceitos. 2. Teoria do perdão negócio jurídico; crítica. 3. Teoria do perdão fato puro; crítica. 4. Teoria do perdão ato-fato jurídico; crítica. 5. Teoria do perdão ato jurídico "stricto sensu". 6. Assentimento à infração e perdão

§ 241. SUPORTE FÁCTICO DO PERDÃO 586
1. Análise do suporte fáctico. 2. Seriedade do perdão. 3. Forma e prova do perdão

§ 242. SUPORTE FÁCTICO DO ASSENTIMENTO À INFRAÇÃO 588
1. Assentimento À infração, elemento fáctico. 2. Meios de assentimento

§ 243. EFICÁCIA DO PERDÃO 589
1. Eficácia extintiva. 2. Extensão da eficácia

§ 244. REVOGABILIDADE DO PERDÃO? 590
1. A questão da revogabilidade. 2. Irrevogabilidade

§ 245. ANULABILIDADE E NULIDADE DO PERDÃO? 591
1. Incapacidade relativa e vícios de vontade. 2. Reserva mental e ilicitude

§ 246. CONDIÇÃO E TÊRMO QUANTO AO PERDÃO 593
1. Determinações de condição e têrmo. 2. Solução da questão

§ 247. FIRMEZA DO ASSENTIMENTO À INFRAÇÃO 594
1. A questão da revogabilidade. 2. Têrmo e condição

§ 248. QUASE-CONTRATOS 596
1. Conceito superado. 2. Terminologia contemporânea

PARTE II

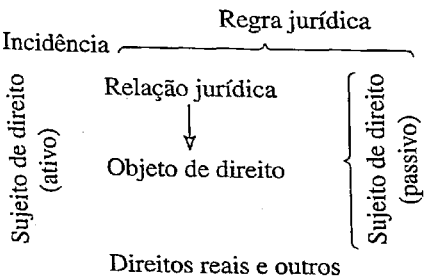
BENS

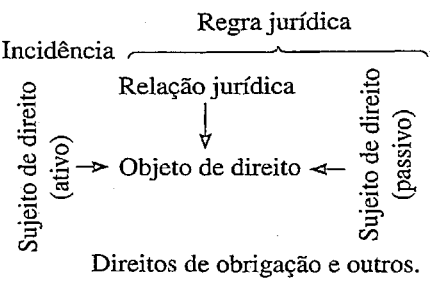
CAPÍTULO I
ELEMENTOS OBJETIVOS DO SUPORTE FÁCTICO

§ 113. CONCEITO DE OBJETO DE DIREITO

1. COISA E OBJETO DE DIREITO. – Cumpre que se não confundam a *coisa* e o *objeto de direito*: há coisas que não são objetos de direito; e objetos de direito que não consistem em coisas. Por outro lado, nos tempos em que se admitiram coisas e animais como sujeitos de direito, nem por essa, para nós, hoje, estranha concepção, se deformava o direito: as regras jurídicas é que, incidindo, determinam as subjetivações e objetivações. Tanto é sujeito de direito o homem quanto o Estado, a sociedade anônima e a fundação; tanto é objeto de direito o prédio quanto o raio X, a autoria do livro, o emprêgo, o trabalho futuro, o *facere* e o *non facere*, a vida, a verdade, a liberdade, a honra, a integridade física e psíquica.

Ao direito subjetivo, à pretensão e à ação corresponde algo a respeito de que outrem está em posição passiva (há de ter certa conduta: fazer, ou omitir), inclusive quando fique tão imediato o objeto que, do lado passivo da incidência, esteja a totalidade dos sujeitos de direito.





A proposição "O direito real recai diretamente sôbre a coisa" apenas traduz, em têrmos de distância, a colocação do objeto sob a incidência da regra. A proposição "O direito real é relação entre o sujeito ativo de direito e tôdas as outras pessoas como sujeitos de direito passivos" traduz a relação jurídica em sua *largura*, do lado passivo: descreve a relação jurídica em sua *chave* para o lado passivo da incidência da regra. Hão de preferir a primeira proposição todos os que vejam no direito poder de vontade (não as mãos-cruzadas, mas a mão-garra), abocanhando a coisa, ou o devedor. Mas logo ressalta que se substitui à relação social, intersubjetiva, a relação física; ou se desloca o problema de definição do direito real, que é problema ligado à incidência, para o plano da aplicação.

2. INTERPERSONALIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. – Foi F. VON SAVIGNY (*System*, I, 333), com o conceito de *relação jurídica*, relação necessàriamente entre pessoas, determinada pela regra jurídica (diríamos hoje: pela incidência da regra jurídica), quem prestou o enorme serviço de excluir qualquer possibilidade de relação (jurídica) entre pessoa e coisa. Porém faltou a F. VON SAVIGNY estudar as relações de ida-e-vinda, ou de direitos que vão e que vêm. Quando H. DERNBURG (*Pandekten*, 7.ª ed., VI, 88), desde a 1.ª ed. (1884), definiu a relação jurídica como relação jurìdicamente eficaz entre pessoa e pessoa, ou entre pessoa e coisa, desatendendo a que a relação jurídica é social, cometeu um dos maiores êrros em teoria geral do direito. A relação do homem com a coisa teria de ser fáctica e sòmente fáctica (C. G. BRUNS, em F. VON HOLTZENDORFF, *Encyclopädie*, 3.ª ed., I, 354). Quando C. NEUNER (*Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1 s., 11 e 18) viu o objeto fáctico, a coisa, e o objeto jurídico, a vontade de outra pessoa, em verdade fêz da vontade de outrem o único objeto, e não deu solução ao problema. A contribuição de O. LENEL (*Über Ursprung und Wirkung der Ezceptionen*, 8 s.), que A. THON levou mais longe, dois anos depois (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 218, 223, 291 e VI), de haver no direito esperança de pretensão, presente ou futura, e ser o direito real a esperança quanto a todos, serviu à teoria; porém não deu a solução. B. WINDSCHEID (*Lehrbuch* I, 167s.), que antes se deixara levar pela teoria pré-savigniana (*Die* Actio, 19), recebeu a influência de A. THON quanto a haver no direito real "falta de vedação", mas mudou-o em "dever de abstenção" dos outros. Duas interpretações do direito real como sendo êle de caráter negativo, elemento em verdade secundário. Tão-pouco adianta dizer-se que a validade do direito é imanência, qualificação jurídica do objeto (R. MASCHKE, *Das Eigentum im*

Civil und Strafrecht, 7 s.), o que talvez levasse à suposição de que o legislador poderia qualificar, à vontade. Mas, se assim fôsse, ¿onde a imanência?

Para J. G. KIERULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*, 155 e 308), objeto do direito é sempre vontade: abaixo só está o objeto *prático*, fáctico. A vontade às vêzes é dentro de um ser permitido (*Dürfen*); outras, há para ela um dever (Sollen).

L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, 13.ª-14.ª ed., I, 168) escreveu que nem todos os direitos têm objeto determinado; de modo que muitos direitos constitutivos modificativos, inclusive direitos de aquisição, não têm objeto; e acrescentou, em nota: seria fora de propósito conceber o direito de impugnação (*Anfechtungsrecht*) como direito sôbre a relação jurídica que a impugnação deve extinguir ou restabelecer, ou sôbre o objeto dessa relação jurídica. Está certo; mas o objeto do direito de impugnação é a modificação no mundo jurídico.

E. I. BEKKER (*Pandekten*, I, 47 s.) procurou distinguir direito com objetos e direitos sem objeto; mas E. HÖLDER deu-lhe a resposta, para sempre.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 113. B – Doutrina

A conduta que é regulada pelo Direito há de ser intersubjetiva, isto é, que atinja outra ou outras pessoas. A conduta subjetiva faz parte da Moral. Portanto, o objeto das normas de direito "são as relações entre as pessoas, entre elas os grupos sociais, ou entre esses grupos, havidos com entidades que recebem da própria norma um reconhecimento, ou personalidade jurídica com consequente capacidade para a aquisição e o exercício de direitos. Mesmo as ações de pessoas sobre as coisas, constitutivas de direitos reais, em última análise se reduzem a relações entre pessoas ou grupos, por serem oponíveis 'erga omnes', isto é, pelo dever que a todos a lei impõe, de respeitá-las" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 224, n. 127).

§ 114. ANÁLISE DAS ATITUDES

1. CRÍTICA ÀS ATITUDES DA DOUTRINA. – a) Pretendeu-se reduzir o objeto à *conduta humana*, quer se trate de direitos reais quer de direitos

de crédito. Conduta positiva, ou negativa. Nota-se logo quanto se personaliza, digamos assim, o fato jurídico; e quanto se invertem os têrmos da realidade: o objeto, que é *prius* e faz parte do suporte fáctico, sôbre o qual a regra jurídica incide, passa a ser *depois* do fato jurídico, isto é, depois da relação jurídica, que é eficácia. Compreende-se que daí se chegasse à redução artificial de todos os direitos a direitos de obrigação. O corpóreo como que se descorporizava; mais ainda: perdia tôda substância que não fôsse ato humano, positivo ou negativo. Tais "leituras" do jurídico, feitas do lado dos deveres, ou do lado dos direitos, têm o inconveniente, verdadeiramente grave, de não respeitarem a causação (regra-jurídica, suporte fáctico, incidência, juridicização do suporte fáctico, eficácia jurídica).

b) Outra teoria tomou o pólo oposto. Só a coisa, o corpóreo, seria objeto dos direitos. Ainda quando se trata de fatos jurídicos do direito das obrigações, o que é objeto é sempre coisa. Donde terem-se de distinguir, *em transparência*, os direitos reais e as obrigações: ou pela distância, em que se acha a coisa, ou pela ligação à coisa, ou pela posição (objeto imediato, mediato; direto, indireto; em finalidade, em conteúdo). A exageração de tal atitude materializante atinge ao auge quando se afirma que todos os direitos são reais, ou quando se figuram os direitos dirigidos a objetos ou a sujeitos.

c) Nem a coisa só, nem só a conduta, o ato humano, é objeto de direito. Ambos o podem ser. Apenas, entre os que assim pensam, rente aos fatos da vida e com a experiência de milênios (que utilizou, teórica e pràticamente, essa explicação, com pleno êxito), é preciso corrigir-se a alusão à vontade. Quando B promete a A ato seu, positivo ou negativo, não promete vontade, promete ato. Salvo se êsse ato sòmente por êle pode ser praticado, outrem pode adimplir. Nem a coisa nem a vontade exercem papel de objeto no direito das obrigações. Tão-pouco, no prometer-se ato, positivo ou negativo, se "restringe" a liberdade; obrigar-se não é restringir-se em ser livre, tanto que: não é essencial aos sistemas jurídicos a prisão por dívida; e a execução forçada tem exatamente a função de solver com o que não é direito fundamental da pessoa, – com os bens materiais penhoráveis. As noções de vínculo da vontade, sujeição da vontade, vínculo à liberdade de obrar ou de querer, limitação (aliás restrição) à liberdade e quejandas noções definem mais que o definendo; e revelam, por outro lado, o voluntarismo que está à base de convicções filosóficas, ou de resíduos dos conceitos primitivos, não de *creditor* e de *debitor*, mas de *execução pessoal*. Os étimos não aludem a isso: o credor crê; o devedor, deixa de ter (*de*, *habere*). Tudo se passa na esfera jurídica de um e de outro; nem *no* sujeito, nem *na* coisa

mesma, porque a coisa é um dos elementos (não o único), que podem estar no suporte fáctico. *De-habere* (dever) mostra, de si só, que o direito privado fica no plano dos direitos patrimoniais e do cuidado (cura, tutela) pelos incapazes. Não se invade a dimensão da liberdade, nem da vida, nem da verdade, nem da honra, nem da integridade física e psíquica, nem do nome.

2. TERCEIRA ATITUDE. – A terceira e dominante atitude nem sempre se desinteressa de comparações entre o *credere* e o *debere* (*de*, *habere*); e ora pende para a acentuação daquele, ora para a acentuação dêsse. De início, afirmemos que êsse pender é estranho à descrição do jurídico e da teoria geral do direito. Quase sempre a preferência revela depósito social despótico, positivo ou negativo, ética de senhores ou ética de escravos. Não é sem extrema significação que, pelos fins do primeiro têrço do século, os juristas alemães, que viam mais a obrigação pelo lado ativo, tivessem, com K. LARENZ (*Rechtsperson und subjektives Recht*, 39 s.), chegado ao ponto de definir a capacidade de direito como capacidade de participar da vida jurídica, e não de ser titular de direitos. Outrossim, quando o teórico ou o prático do direito sustenta que, nas relações jurídicas, mais importa o crédito que o débito, ou vice-versa, o assunto pertence à psicanálise e à história das teorias e doutrinas.

3. OBJETO DE DIREITO, "IN ABSTRACTO". – O objeto de direito, considerado abstratamente, como se alguém fala de "pessoa", em vez de "sujeito do direito tal" é independente da relação jurídica em que o bem é objeto, ou, ainda, do suporte fáctico no qual êle entre como um dos elementos. Há nas leis algumas regras jurídicas que se mantêm nesse nível formal, sem dizerem que o suporte fáctico, penetrando no mundo jurídico, se juridiciza, ou que se juridiciza deficientemente, e assim por diante. São regras jurídicas que dizem *o que é* objeto de direito, ou, regras pré-excludentes, dizem o *que não é* objeto de direito, à semelhança das outras que definem pessoa. Sem essas regras, explícitas, ou não, a relação *possível* entre indivíduo humano e coisa não passa do mundo geométrico e físico, como relação de espaço, de espaço e tempo, de calor, de frio, ou qualquer outra. Ainda quando essa relação seja a de fome do indivíduo humano *mais aptidão* da coisa a saciá-lo, não se sairá do mundo biológico e econômico. Só a regra jurídica pode fazer a essa coisa ser bem jurídico, objeto de direito; porque a ela é que cabe estabelecer quais as coisas do mundo que *podem* ser incluídas no suporte fáctico e entrarem com êle no mundo jurídico. Nos momentos em que vivemos, sêres históricos, já quase tôdas as coisas que poderiam ser objeto

de direito já o são. Apenas assistimos à entrada das que nascem (*e. g.*, a obra que escrevo), das que saíram e voltaram e das que, por transformação, saíram e voltaram; e à saída de outras, por algum tempo, ou para sempre (destruição da ilha, morte do animal, apodrecimento do cesto de frutas ou do fardo de carne). O conteúdo de tais regras jurídicas diz: "A respeito dos bens da classe A, é possível com qualquer dêles compor-se suporte fáctico". Noutros têrmos, em linguagem não-técnica: há, jurìdicamente, possibilidade de utilizá-los. Com isso, prevê o sistema jurídico que outras regras jurídicas, quando algum dêsses bens entre no suporte fáctico, criem exclusão de atuação de outros a propósito dêle. Enquanto não há a regra jurídica que ponha em comércio ou tráfico o bem, a possibilidade de utilizá-lo é só econômica ou intelectual ou afetiva; não é jurídica. Depois dessa regra jurídica, as pessoas (= os possíveis sujeitos de direito), satisfazendo o suporte fáctico de outras regras jurídicas (por exemplo, ocupando o bem móvel abandonado), se põem no suporte fáctico, em que ela está, e se fazem titulares de direitos sôbre elas, ou obrigados por elas, – ou perante todos (como se dá no caso da ocupação), ou perante alguém (por exemplo, se vendo o bem móvel que ocupei). Os sistemas jurídicos contêm muitas regras jurídicas dessa natureza; não criam direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, estatuem sôbre possibilidades de ser titular de direitos, pretensões, ações, exceções, e de ser sujeito passivo dêles, ou sôbre possibilidades de se colocar como elemento de suporte fáctico algum bem da vida. Não raro, como que se debruça o legislador para estabelecer ou esclarecer que algum bem da vida, algum interêsse, não se pode encaixar em suporte fáctico a que se dê acesso no mundo jurídico. O sol não pode ser elemento de suporte fáctico; pode sê-lo a luz que penetra pela janela, ou o ar de que necessita a vivenda. Raciocinam em têrmos de economia *a-social* os que pensam em relação do homem com a coisa; e teremos ensejo de ver que essa atitude, evidentemente pré-jurídica, se revela, flagrantemente, nos que definem os direitos reais como relações (fácticas!) do sujeito com a coisa.

4. INTERÊSSE E OBJETO DE DIREITO. – O interêsse que *pode* ser jurídico é interêsse que tem *valor*, no mais amplo sentido, para outros indivíduos que compõem a coletividade. Nem as regras jurídicas se haveriam de conceber para suportes fácticos, em que o único elemento de interêsse fôsse o interêsse só valorizável por um. O interêsse do filho, como filho, exclui interêsses de outros; o do marido exclui o de outros; o do que ocupa a *res nullius* exclui que outros a possam, agora, ocupar. Tal noção não é, de modo nenhum, noção formal.

Objeto de direito é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fáctico de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito. Assim, não fica excluído o bem da vida que pode ser elemento do suporte fáctico, porém do fato jurídico não resulta ato de disposição; *e. g.*, o corpo humano, a liberdade humana. Se dizemos que a todo fato jurídico corresponde objeto, tomamos por fato jurídico a relação jurídica (*eficácia*). A relação jurídica de parentesco não tem objeto *de direito*; o que tem objeto são os direitos que nascem dela, em relações-*efeitos*. É da máxima relevância evitar-se confusão entre objeto dos atos jurídicos (e até dos fatos jurídicos *stricto sensu*) e objeto de direito. O objeto do negócio jurídico bilateral de compra-e-venda não é a coisa; o objeto dêsse contrato é a prestação prometida, não a coisa. O direito subjetivo, a pretensão e a ação não têm por objeto a coisa, mas o cumprimento da promessa. O cumprimento, com a tradição da coisa, é que teria por objeto a coisa. Não se pode falar de objeto de direito sem *ainda* haver direito; direito é eficácia de fato jurídico. Se A ocupa a *res nullius*, essa *res nullius* foi elemento do suporte fáctico, entrou, com êle, no mundo jurídico, e simultâneamente foi objeto de direito; porém nem sempre essa simultaneidade se dá. Só há objeto de direito onde já há direito.

O objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária). A utilização pode ser por uso, inclusive local ou de determinada região econômica, ou assente pelos sujeitos.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 114. B – Doutrina

A doutrina demonstra, como faz Pontes de Miranda, que a expressão "objeto dos direitos" pode ter vários sentidos. Por isso, Serpa Lopes, forte na lição de Coviello, expõe que "para maior exatidão da linguagem e das ideias, acordou-se em se denominar de 'objeto dos direitos' tudo que pode incidir sob o poder do homem e 'conteúdo dos direitos' tudo que for causa determinante do direito, ou que tornar possível obtê-lo". Assim, "objeto do direito podem ser não só as pessoas como as coisas" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 380-381, n. 201).

§ 115. CONCEITO DE COISA

1. OBJETO E COISA. – O objeto do direito compreende as coisas e os objetos que não são coisas. *Mercadoria* é conceito ainda mais estreito que o de coisa: são as coisas móveis suscetíveis de comércio (mercancia). As coisas, *stricto sensu*, são os objetos corpóreos; de modo que, dizendo-se coisas corpóreas" e "coisas incorpóreas", se faz a "coisas" sinônimo de objetos. Todavia, como há objetos, inclusive coisas, que não podem ser objeto de direito, objeto de direito é sòmente a coisa suscetível de ser objeto de direito ou outro objeto que o seja. Quando se fala de objeto de relação obrigacional, às vêzes se alude à coisa ou objeto de que se trata no conteúdo da obrigação, ou da pretensão, da ação, ou da exceção (*e. g.*, da casa A que foi "objeto" da compra-e-venda); se bem que a relação jurídica obrigacional não tenha por objeto a coisa, ou outro objeto, de que se trata, senão indiretamente. A casa não é objeto da compra-e-venda, nem da locação, nem da deliberação da assembléia de acionistas, nem dos gastos que se fazem com a sua pintura e limpeza. O mais que se consegue, para se falar de objeto da obrigação como se fala do objeto da posse, ou da propriedade, é considerar-se a êsse como objeto imediato (ou direto) e àquele como objeto mediato (ou indireto). As tentativas para se encontrar conceito único, básico, fracassaram. A mais discutida foi a de R. SOHM (*Der Gegenstand*, 7 e 21) que reduzia o objeto de direito àquilo que *podia* ser matéria de ato de disposição. Ora, os documentos que, como tais, não podem ser objeto de disposição, são objeto de direito (contra R. SOHM, WILUTZKI, Die Verfügungen des BGB., *Archiv für Bürgerliches Recht*, 28, 56 s. e 67; J. BINDER, Der Gegenstand, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 59, 1 s., Vermögensrecht und Gegenstand, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 209 s.; J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 17 s.; a favor, ARNO KLOESS, Die Energien in und ausserhalb des Verkehrs und das Eigenrecht an ihnen, *Archiv für die civilistische Praxis*, 103, 67; F. AFFOLTER, *Das Fruchtrecht*, 18 s.; ADAMKIEWICZ, Der Niessbrauch am Bruchteil, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 31, 21 s.).

2. COISAS SIMPLES E COISAS COMPOSTAS. – O Código Civil possui os dois conceitos de coisas simples e de coisas compostas, pois a elas alude, no art. 54, sem, todavia, as definir (*verbis* "coisas simples ou compostas"). As simples são as que constituem todo incindível, unidade natural própria, como o boi, ou a fôlha de papel de carta; as compostas, as que se constituem com duas ou mais coisas suscetíveis de individualização (o auto-

móvel, a mobília de sala de jantar). É da máxima importância observar-se que se trata de conceitos do mundo fáctico. O direito refere-se a êles, para prevenir sôbre o que pelos nomes usados se há de entender.

3. DIREITOS OBJETO DE DIREITOS. – Os *direitos* não são coisas em sentido estrito, pôsto que os direitos reais se incluam entre direitos sôbre coisas (arts. 674). São-no, porém, no sentido largo (bens, arts. 43-49; art. 54, *verbis* "coisas. materiais e imateriais").

Os *documentos* são coisa, em sentido estrito.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 115. A – Legislação

Pontes de Miranda, ao tratar das coisas simples e das coisas compostas, refere-se ao art. 54 do CC/1916, cujo *caput* rezava: "Art. 54. As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas". Tal dispositivo não foi repetido no Código em vigor. Assim, o art. 54 do CC/1916 classificava as coisas em simples ou compostas. No seu inc. I considerava "singulares, quando embora reunidas, se considerem por si, independentemente das demais", e no inc. II dispunha serem as coisas "coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo".

O Código vigente preferiu dispor sobre a classificação das coisas em dois dispositivos. No art. 89 do CC/2002 repete-se o inc. I do art. 54 do CC/1916: "Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram *de per si*, independentemente das demais", enquanto o art. 90 do CC/2002 dispõe: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertencentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único, Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias".

O saudoso Prof. Sylvio Marcondes ensina que "as universalidades são constituídas por uma pluralidade de coisas que conservam sua autonomia funcional, mas são unificadas em vista de uma particular valoração, feita pelo sujeito ou reconhecida pelo direito" (DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 203).

São mencionados ainda os arts. 43 a 49 do CC/1916 que tratavam dos bens considerados em si mesmos. O art. 79 do CC/2002 substituiu o art. 43 e seus três incisos do Código revogado, ao tratar dos "bens imóveis": "são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente". O art. 80 do CC/2002 repete o art. 44, I e III, do CC/1916: "Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram. II – o direito à sucessão aberta".

O art. 45 do CC/1916 dispunha: "Os bens de que trata o art. 43, III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados" não encontra dispositivo correspondente no Código Civil em vigor.

O art. 46 do CC/1916 foi substituído pelo art. 81 do CC/2002: "Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, foram removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem".

O art. 47 do CC/1916 tratava dos "bens móveis" e vem repetido do art. 82 do CC/2002: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social".

O art. 48 do CC/1916 considerava os bens móveis para os efeitos legais em três incisos. O art. 83 do CC/2002 reza: "Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações".

O art. 49 do CC/1916, por sua vez, corresponde ao art. 84 CC/2002: "Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio".

§ 115. B – Doutrina

A doutrina aponta, quanto aos bens móveis, os direitos autorais (art. 3.º da Lei 9.610/1988): os direitos de propriedade intelectual (art. 5.º da Lei 9.279/1996 e art. 3.º da Lei 9.610/1998).

§ 115. C – Jurisprudência

"A venda de frutos, de molde a manifestar o intuito de separação do objeto da venda em relação ao solo a que adere, impõe a consideração de que tais coisas tenham sido, pela manifestação de vontade das partes contratantes, antecipadamente mobilizadas" (STJ, AgRg no REsp 174.406/SP, 3.ª T., j. 25.08.1998, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 23.11.1998, *RT* 762/210).

§ 116. O CORPO HUMANO E O DIREITO

1. HOMEM VIVO E CADÁVER. – O homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito; mas as partes corporais, uma vez separadas, pertencem, como coisa, àquele de quem foram tiradas (sem razão, E. I. BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts*, 98, que já vê, antes da separação, propriedade

latente). Tal afirmação não é mais do que a de fato jurídico que tem no suporte fáctico a apropriação, em virtude de direito exclusivo ligado à personalidade (direito formativo gerador, que se contém na capacidade de direito, que faz a pessoa). Não há ocupação, que seria modo de adquirir por si mesmo, sem qualquer outro fundamento. Tal síntese, que corresponde ao momento presente da civilização, afasta a concepção de ocupação, como *res nullius* (R. SCHULTHEIS, *Über die Möglichkeit*, 32 s.), introduzindo-se, embora, o caráter de exclusividade ou preferencialidade ("ein vorzugsweizes Aneignungsrecht", direito preferencial de apropriação, discutível sob outros sistemas jurídicos e inadmissível diante dos casos análogos dos arts. 598 e 601; sem razão, pois, KARL GAREIS, Das Recht am menschlichen Körper, *Festgabe für* J. T. SCHIRMER, 90 e CLAUDIUS V. SCHWERIN, Das Recht am Leichnam, *Seufferts Blätter*, 70, 656). Também afasta a concepção da analogia com os frutos (sem razão, E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 206; R. SOHM, *Der Gegenstand*, 17, nota 4; FR. HELLMANN, *Vorträge*, 34; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 245 s.; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 246). Nem se adquire a parte do corpo, *e. g.*, cabelos, dentes, dedo cortado, ôlho, pela ocupação, como se surgisse, com a separação, a *res nullius*, nem como se adquirem frutos; é preciso que haja ato daquele a quem pertenceu a parte corporal para adquirir o direito de propriedade. Não se trata de ato-fato jurídico, como a ocupação ou a composição de obra intelectual; e sim de *exercício* de direito formativo gerador. Tão-pouco, de fato jurídico *stricto sensu*, como a aquisição dos frutos que se desprendem. A inserção da parte corporal separada no rol das coisas suscetíveis de direito é ato jurídico *stricto sensu*. A vontade é elemento do suporte fáctico. Ato jurídico *stricto sensu*, com que se exerce direito formativo gerador.

Tiveram o cadáver como resto da personalidade, portanto não-coisa (K. E. CRAMER, *Die Behandlung des menschlichen Leichnams*, 40; J. KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, I, 206 s.; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 413; J. RAUSNITZ, *Das Recht am menschlichen Leichnam*, 593 s.; K. BINDING, *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, II, 86; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, 35 s.; H. SCHREUER, *Der menschliche Körper*, 25 s.). Os que o tiveram como coisa ora o punham entre as coisas *extra commercium* (H. DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrecht*, I, 5.ª ed., 136, porque a pessoa acabou e aquilo ficou), ora como *res nullius* (KARL GAREIS, Das Recht am menschlichen Körper, *Festgabe für* J. TH. SCHIRMER, 65 s.), ora como *res nullius*, se não passa aos herdeiros (E. I. BEKKER, *System*, I, 188 e 331 s.). O problema não se punha para os primitivos, porque criam em que o cadáver vivesse (H. SCHREUER, Das

Recht der Toten, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 33, 333 s., e 34, 1 s.). Coisa fora do comércio, tal o que é o cadáver; mas ¿quando pode entrar e entra em comércio? Naturalmente, têm-se de pesar interêsses da maior significação, que vão desde o interêsse religioso (*e. g.*, em que o cadáver dorme o sono da morte, J. KOHLER, *Studien*, I, 204 s.) até o da ciência, em proceder a pesquisas, e o da sociedade, em que se investiguem crimes. No meio dêles está o do vivo em que se dê destino, inclusive propriedade, ao seu corpo, após a morte, – interêsse a que pode (dependente do direito positivo) corresponder direito, sem se precisar de imaginar prolongação da personalidade, porque, então, tal ficção teria de intervir em tôdas as disposições testamentárias.

2. PARTE DO CORPO. – Antes de separada a parte do corpo, nenhum negócio jurídico se cria tendo-a como objeto no presente; portanto, *não existe* negócio jurídico. A compra-e-venda ou a promessa de compra-e-venda de cabelos ao cabeleireiro, ou ao fabricante de bonecas, entra no mundo jurídico (sem razão, J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 72; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, III, 3.ª ed., 4, nota 11; B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, I, 74), porque é possível negócio jurídico sôbre *coisa futura*; apenas, não produz efeito de obrigar a separar, nem a indenizar, porque seria negócio jurídico ilícito (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 172, art. 145, II): o negócio jurídico vale e produz efeito no que é promessa de prestar, se o promitente resolver separar, *e. g.*, se cortar os cabelos.

3. PARTES CORPORAIS ARTIFICIAIS. – As partes corporais artificiais, antes coisas, objetos de direito, deixam de o ser depois que se inserem no corpo ou se juntam a êle, como os dentes artificiais, o ouro das obturações e os ossos artificiais ou fios de platina. Se, porém, a coisa mantém a sua independência, como as perucas, dentaduras, ou muletas, é objeto de direito (H. TOBIAS, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Archiv für die civilistische Praxis*, 94, 384 s.). A atitude de K. GAREIS, Das Recht am menschlichen Körper, *Festgabe für J.* T. SCHIRMER, 63, que sustentava continuarem de ser coisas, sempre, as partes corporais artificiais, foi repelida (J. BEERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 374, B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, I, 74; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 248; E. ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 76). A impenhorabilidade das partes corporais que continuam coisas resulta de regra jurídica não escrita (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, 222).

4. CADÁVER HUMANO. – O cadáver humano suscita delicada questão sôbre objeto de direito. Assim há: *a*) quem lhe negue, *a priori*, o poder ser objeto de direito (E. MERKEL, Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams, *Sächsisches Archiv*, 14, 677; J. RAUSNITZ, Das Recht am menschlichen Leichnam, *Das Recht*, VII, 593; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, 36); 6) quem admita que possa vir a ser objeto de direito para a anatomia, ou outros estudos médicos ou biológicos (cf. K. COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 106), com o esclarecimento de J. RAUSNITZ de serem coisas as múmias e os esqueletos, se o direito de personalidade de todo se extinguiu (= nenhuma última vontade resta); c) quem diga que é preciso ter-se entregue a instituto para que o esqueleto se torne coisa (KARL GABEIS, Das Recht am menschlichen Körper, *Festgabe für* J. T. SCHIRMER, 95). O ser suscetível de entrar como elemento (objetivo) no suporte fáctico de fatos jurídicos, de que se irradiem direitos reais, e o poder ser objeto de direito não são o mesmo. Daí, terem sido menos radicais F. REGELSBERGER (*Pandekten*, 1,413), B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 729 s., com acréscimos de TH. KIPP).

Devemos afastar, radicalmente, qualquer alusão a direitos da pessoa *depois* da morte. Morto não tem direitos; só os vivos os têm (W. VON BLUME, Fragen des Totenrechts, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 112, 370): o direito é organização da vida social dos vivos; o interêsse, que se protege, quando se cumprem, ou se mandam cumprir declarações de vontade última, é o interêsse do vivo; mortos não têm mais, para o direito, qualquer interêsse seu; não são mais membros da sociedade humana. A concepção ocidental, desde o direito romano, é a de que não somos donos das partes corporais, nem do corpo todo: *Dominus membrorum suorum nemo videtur* (L. 13, pr., D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2, ULPIANO). As últimas vontades e a deliberação dos herdeiros sôbre o cadáver, dentro dos limites que os costumes traçam, nada têm com o direito de propriedade (A. KRAMER, *Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper*, 44 s.; J. KOHLER, *Studien aus dem Straf recht*, I, 207). A imemorialidade pode tornar coisas em comércio os corpos (múmias), os esqueletos e peças com ossos humanos. O homem pode dispor do seu cadáver, ou parte dêle; daquele para depois da morte, e dessa, se teve de ser separada, ou se o tem de ser, quando há interêsse, digno de proteção, para isso. Os herdeiros não no têm; pôsto que, se o interêsse é público, possa a pessoa mais próxima, afetivamente, do falecido, ter de dar o seu consentimento, ou opor-se, mostrando que se não justifica, *in casu*, a exceção aos costumes. Quanto à natureza dos direitos do herdeiro, ou daqueles a quem incumbe o entêrro ou a incineração do ca-

dáver humano, O. VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 36) e KARL GAREIS (Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, *Seufferts Blätter*, 70, 316 s.; Das Recht am menschlichen Körper, *Festgabe für 3*. T. SCHIRMER, 92 s.) mostraram que se trata de algo que permaneceu da personalidade do morto, e a êsse objeto residual se dá o destino que, segundo a vontade do morto, ou o que, dentro do sistema jurídico, se permite aos sobreviventes, e cabe dar-se-lhe. Excluíam os negócios jurídicos; mas EUGEN JOSEF (Das Recht am Leichnam, *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 1,166) sustentou que o negócio jurídico sôbre o futuro cadáver (coisa futura), ou sôbre o cadáver de outrem, *existe*, e só é nulo se contravém os bons costumes (= ilícito, art. 145, II), excluindo, porém, que seja de direito das coisas tal negócio jurídico, ou mesmo de direito privado, se figurantes os sobreviventes. Em geral, repelem os juristas qualquer direito de propriedade dos herdeiros sôbre o cadáver humano (*e. g.*, FR. HELLMANN, *Vorträge*, 34; J. BINDER, Vermögensrecht und Gegenstand, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 225), pôsto que haja quem entenda terem posse os herdeiros e direito de apropriação preferencial (CLAUDIUS v. SCHWERIN, Das Recht am Leichnam, *Seufferts Blätter*, 70, 659 s.) e até direito de propriedade (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 264). Ora, em verdade, o negócio jurídico (não só oneroso), se o corpo não foi deixado pelo testador a fim de negócio, é *nulo* (art. 145, II); se o testador o permitiu, vale, se há interêsse que supere o interêsse moral da inumação ou da cremação. Então, é o direito privado que rege os negócios jurídicos, e os direitos, que resultam, são de direito privado.

Para K. A. V. VANGEROW (*Über die* Latini Juniani, 67s.), que tinha o homem livre como "dono" do seu corpo, passava êsse, com a morte, aos herdeiros, o que de modo nenhum os textos romanos permitem concluir-se. A L. 103, D., *de verborum obligationibus*, 45, 1 (MODESTINO), depois de frisar que o homem livre não pode ser deduzido em estipulação, excluiu que se estipulasse sôbre o próprio *mortuus homo* (o escravo morto). O cadáver era *extra commercium*. O próprio lugar em que se sepultava o escravo era *religiosus locus*. O respeito do cadáver teve a conseqüência de retardar a anatomia, que nascera em Alexandria, em 320 antes de Cristo. Em 1725, G. KULPIS publicou a sua obra, em que dava notícia sôbre as pesquisas em cadáver, *per practicam et consuetudinem*, pôsto que não constante de direito escrito a permissão. Entendia G. KULPIS (*Comment.*, 46) que se não podia negociar com cadáver, ou parte de cadáver; mas H. WAPPÄUS (*Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen*, 48 s.) admitia o estarem *in commercio* partes, e L. GOLDSCHMIDT (*Handbuch*, II, 2.ª ed., 3) o esqueleto. Já R. VON JHERING (*Geist*, III, 347, nota 476)

sustentava que as partes do corpo, se despregadas, caíam na propriedade da pessoa de quem foram tiradas. Quanto à sanção, era a ineficácia, se *extra commercium*. O esqueleto e as partes destacadas foram tidos por *in commercio*, como também as múmias (cf. R. SCHULTHEIS, *Über die Möglichkeit*, 40 s.).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 116. A – Legislação

Os arts. 598 e 601 do CC/1916 referidos no texto não possuem correspondência no Código Civil atual. O art. 598 tratava da caça em terreno alheio e o art. 601 da pesca em águas alheias.

O art. 199, § 4.°, da CF/1988, dispõe: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".

De sua parte, o art. 14 do CC/2002 reza: "Art. 14. É válida, como objeto científico, ou altruística, a disposição graciosa do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte".

A Lei 9.434/1997, regulamentada pelo Dec. 2.268/1997, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Referida lei permite a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, destinados a transplante e tratamento (art. 1.° da Lei 9.434/1997). Para efeitos da lei especial, não estão compreendidos entre tais tecidos: o sangue, o esperma e o óvulo (art. 1.°, parágrafo único, da Lei 9.434/1997).

A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimentos de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas previamente autorizadas pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 2.° da Lei 9.434/1997).

A realização de tais procedimentos médicos somente poderá ser autorizada "após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde" (art. 2.°, parágrafo único, da Lei 9.434/1997).

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, só será possível depois do diagnóstico de "morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina" (art. 3.°,

caput, da Lei 9.434/1997). "Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos" de que tratam o art. 2.°, parágrafo único, que deverão detalhar os "atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2.° por um período mínimo de cinco anos" (art. 3.°, § 1.°, da Lei 9.434/1997). As instituições são obrigadas a enviar, anualmente, um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 3.°, § 2.°, da Lei 9.434/1997). Será permitida a presença do médico de confiança da família do falecido no ato de comprovação e registro da morte encefálica (art. 3.°, § 3.°, da Lei 9.434/1997).

"A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá de autorização do cônjuge ou parente maior de idade, obedecida a linha sucessória reta ou colateral até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte" (art. 4.° da Lei 9.434/1997).

A lei autoriza a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos do corpo de pessoa juridicamente incapaz, desde que haja permissão expressa de ambos os pai ou por seus representantes legais (art. 5.° da Lei 9.434/1997), sendo vedada a remoção *post mortem* de pessoas não identificadas (art. 6.° da Lei 9.434/1997).

No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações que indiquem a verificação da causa médica da morte, "a remoção de tecidos, órgãos ou partes do cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbitos responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia" (art. 7.°, parágrafo único, da Lei 9.434/1997).

Depois da retirada de tecidos, órgãos ou partes, o cadáver será, imediatamente, necropsiado se verificada a hipótese definida no parágrafo único do art. 7.° e, em qualquer caso, "condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento" (art. 8.° da Lei 9.434/1997).

A pessoa juridicamente capaz pode dispor, gratuitamente, de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes,em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, preferencialmente, por escrito e diante de testemunhas, especificando o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada (art. 9.°, *caput* e § 4.°, da Lei 9.434/1997). Além dessa hipótese é permitida a doação em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea (art. 9.°, *caput, in fine*, da Lei 9.434/1997).

As doações mencionadas somente serão permitidas: (a) "quando se tratar de órgãos duplos"; ou (b) quando se tratar de "tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora" (art. 9.°, § 3.°, da Lei 9.434/1997).

A doação feita, preferencialmente, por escrito, poderá ser revogada pelo doador ou pelos representantes legais a qualquer momento antes de sua concretização (art. 9.°, § 5.°, da Lei 9.434/1997).

A pessoa juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus representantes legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco à sua saúde (art. 9.°, § 6.°, da Lei 9.434/1997).

É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou do feto (art. 9.°, § 7.°, da Lei 9.434/1997).

O autotransplante depende apenas do consentimento da própria pessoa, registrado em seu prontuário médico, ou se ele for juridicamente incapaz de, de um de seus pais ou responsáveis legais (art. 9.°, § 8.°, da Lei 9.434/1997).

O art. 10 da Lei 9.434/1997 prescreve a regra geral e complementar de que "o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento".

No caso do "receptor ser juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento será dado por um de seus pais ou responsáveis legais" (art. 10, § 1.°, da Lei 9.434/1997).

A inscrição em lista única de espera não confere ao pretenso receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocada por acidente ou incidente em seu transplante (art. 10, § 2.°, da Lei 9.434/1997).

É proibida a vinculação, por qualquer meio de comunicação social de qualquer anúncio de (a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplante e enxerto, relativa a estas atividades; (b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, ressalvada a comunicação social periódica dos órgãos do Sistema Único de Saúde de campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados e de estímulo à doação de órgãos; (c) apelo público, para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares (art. 11 da Lei 9.434/1997).

É obrigatória a notificação de diagnóstico de morte encefálica por parte de todos os estabelecimentos de saúde, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos de unidade federada onde ocorrer (art. 13 da Lei 9.434/1997).

Os arts. 14 a 20 da Lei 9.434/1997 definem os crimes e sanções aplicáveis, enquanto os arts. 21 a 23 da Lei 9.434/1997, as sanções administrativas.

§ 116. B – Doutrina

O art. 14 do CC/2002 não possuía dispositivo similar no Código Civil de 1916.

A posição doutrinária de Pontes de Miranda de que o homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito, "mas as partes corporais, uma vez separadas pertencem, como coisas, àquele de quem foram retiradas" (§ 116, 1), continua presente diante do atual Código.

Com efeito, é possível ao homem dispor, validamente, de seu corpo, ou partes deles, por motivo científico ou altruístico, depois de sua morte, Em vida também poderá dispor de tecidos ou órgãos para transplantes ou enxertos, observados os dispositivos da Lei 9.434/1997 e do Dec. 2.268/1997, que a regulamentou. Assim, de acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, antes de separada a parte do corpo não existe negócio jurídico que possa tê-la por objeto.

Quanto ao cadáver humano deve ser afastada, radicalmente, qualquer alusão a direitos da pessoa depois da morte. "Morto não tem direitos" (§ 116, 4). Na doutrina atual, obviamente, permanece o mesmo posicionamento.

Na forma do disposto no art. 14 do CC/2002 e na Lei 9.434/1997, o homem pode dispor de seu cadáver ou de parte dele para os fins que a lei permite.

§ 117. OBJETO DE DIREITO

1. Conteúdo do conceito. – Para se chegar a colher o conteúdo do conceito de objeto de direito é preciso que se preeliminem os conceitos de objeto de direito que não são aquêles que pesquisamos. Primeiro é de afastar-se o conceito de objeto *da regra jurídica*, portanto as relações ou interêsses da vida, que as normas jurídicas regulam. Estaríamos no plano do estudo das regras jurídicas, acima, pois, do plano em que nos cabe investigar (estaríamos no plano nomológico). Depois, é de afastar-se o conceito de objeto *do ato jurídico*, ou, mais exatamente, do ato humano, como a transmissão, a modificação, ou a extinção da eficácia jurídica que o ato colima, ou o substrato econômico correspondente a um dêsses propósitos. Outrossim, é de afastar-se o conceito de prestar, ou de objeto do prestar.

O objeto de direito, como o sujeito de direito, é o que *pode* ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo dêles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito.

2. Relação jurídica e objeto. – Objeto de direito é tudo que pode ser matéria de relação jurídica. O fazer, ou não fazer que se promete, não é objeto da relação jurídica: o objeto da relação jurídica é a promessa de fazer

ou de não fazer. Todo prestar é objeto da promessa, não da relação jurídica. O objeto do direito de propriedade é a coisa; também é objeto do usufruto o uso + o fruto da coisa; da hipoteca, o valor da coisa. É objeto de direito a clientela, o segrêdo comercial, ou social; a posse e os direitos formativos (sem razão, R. SOHM, *Der Gegenstand*, 26 s. e 30 s., pela negação absoluta) podem ser objeto de direito (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 172).

O objeto de direito ou é considerado *no futuro*, como bem da vida que pode ser atingido pela eficácia jurídica, ou *no presente* e *no passado*, como bem da vida que foi ou está sendo atingido pela eficácia jurídica. A coisa, no mundo fáctico, abstraindo-se, portanto, de ser em comércio, ou extra-comércio, existe ou não-existe. Bem assim, os objetos, que não são coisas, abstraindo-se de poderem, ou não, vir a ser objeto de direito. No mundo jurídico, para os três planos não há a mesma sorte para os objetos, inclusive as coisas: no plano da existência jurídica, não há falar-se em objetos de direitos; nem no plano da validade; só no plano da eficácia, em que os direitos, as pretensões, as ações e as exceções se produzem, é que se pode falar em objetos de direito e, pois, em coisas. O terreno não tem 50x50 metros senão porque já é objeto de direito, isto é, senão porque há relação jurídica em que êle entrou com essas dimensões, ou porque se assenta que é *res nullius*. Noutros têrmos: sòmente porque há direito, pretensões, ações, ou exceções, respeito a êle. A semente lançada à terra pelo não-dono, de boa fé, pertence ao dono da terra, mas há direito de indenização (art. 547, 1.ª parte); pelo dono, de má fé, sendo de outrem, gera o dever de indenizar (art. 546). A regra do art. 43, II, que diz incorporar-se ao imóvel a semente apenas traduz, em têrmos gerais (= têrmos de Parte Geral do Direito Civil), o que ocorre com as sementes, quem quer que seja que as plante. Quando se enuncia que passa a ser parte do imóvel a semente lançada nêle apenas se põe em definição de bem imóvel o que ocorre no plano da eficácia dos fatos jurídicos: semente, que o vento ou o pássaro trouxe à terra; semente oriunda da mesma terra; semente plantada pelo dono da terra, de boa ou de má fé; semente plantada por outrem, de boa ou de má fé. Assim, é extremamente importante advertirmos, livrando-nos, por conseguinte, dos resíduos platônicos e peripatéticos, que as definições e classificações dos arts. 43-70 não são mais do que enunciados, à guisa de definições ou de classificações, que *nasceram* no plano da eficácia. Não se pode pensar em objeto de direito, inclusive coisas, sem se aludir ao conteúdo do direito (portanto, do *efeito* do fato jurídico): alguém há de fazer ou omitir; alguém há de atender ao efeito do fato jurídico quanto a alguma coisa (direitos reais). O poder jurídico recai, no segundo caso, diretamente sôbre a coisa, *porque* a orga-

nização social concebeu o direito contra a totalidade das pessoas, e não só contra uma, ou algumas.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS POR SEU OBJETO. – O objeto do direito pode servir à classificação dos direitos; por exemplo:

a) Os *direitos sôbre a pessoa* ou são sôbre a própria pessoa, ou sôbre a pessoa de outrem. Êsses direitos, que mais se entendem quando se lhes conhece a elaboração histórica, "negam" que outrem possa atingir a vida, o corpo, a liberdade, a saúde, a honra de alguém, que é o titular de direito e das pretensões a que se atenda a essa incolumidade. A proteção absoluta, contra quem quer que seja, tornou sem valor prático as ações declaratórias dos direitos sôbre a pessoa; como, porém, há bens da vida, como a liberdade, que são suscetíveis de limites, quando há pena, por exemplo, que consiste em restrição da liberdade, – ações de outra eficácia preponderante vieram exercer, na vida moderna, papel da maior relevância (*e. g.*, a ação mandamental de *habeas corpus*, as ações de mandado de segurança quando o direito ofendido é direito sôbre a pessoa). O que aconteceu, na ordem histórica, foi a evidenciação dêsses direitos, de modo que o ônus de alegar e provar passou a quem pretende exista o limite ou a restrição, que a mesma evolução jurídica, constitucional, só admitiu *por lei* feita pelo povo (democracia direta), ou por seus escolhidos (democracia indireta).

b) Os *direitos sôbre a pessoa de outrem* são, de ordinário (não sempre), direitos de família. Como os direitos patrimoniais, dirigem-se para o exterior, à diferença dos direitos sôbre a pessoa, que não saem, não se dirigem para fora. Entre os direitos patrimoniais e os direitos de família, há elemento discriminativo, que se encontra nesses e não naqueles, o de resultarem da incidência de regras jurídicas sôbre suportes fácticos em que são elementos essenciais relação de vida com outra pessoa e dever moral, a cujo cumprimento o direito sirva. Por onde se vê que no suporte fáctico do fato jurídico, que produz os direitos sôbre pessoa de outrem, está, sempre, relação duradoura da vida, como a paternidade, a maternidade, o casamento, ou algo em lugar das relações daquelas duas primeiras classes (curatela, tutela, adoção, relações tutelares de direito público), que impõe deveres morais. A diferença entre os direitos de família e os direitos públicos tutelantes está em que a relação duradoura da vida, que se encontra no suporte fáctico daqueles, é de pessoa física a pessoa física (ou de pequeno número de pessoas físicas em conselho, como ocorre quando o sistema jurídico contém o conselho de família). A relação duradoura da vida não

contém, necessàriamente, a relação espacial de convivência (relação de comunidade doméstica): o filho pode ser criado, ou viver, fora da casa daquele dos pais que exerce o pátrio poder, ou o menor fora da casa do tutor, o parente longe dos parentes; enquanto pessoas que vivem sob o mesmo teto e, por vêzes, na mais estrita comunidade econômico-social, podem ser e continuar pessoas estranhas (agregados, protegidos). Tal relação de comunidade doméstica que entrava, na Antigüidade e na Idade-Média, em suportes fácticos de importantes fatos jurídicos, deixou de ter tal papel, restando apenas, no campo do direito público, certas conseqüências de responsabilidade informativa e pelo dano, como o preenchimento de boletins ou informes demográficos, policiais, ou sanitários, e o dever de indenizar (art. 1.521, III e IV), além das de ordem penal (*e. g.*, Código Penal, arts. 14: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – ter o agente cometido o crime: *g*) ... prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade"). No direito feudal e pós-feudal, os direitos entre senhores e vassalos, ou outros dependentes, revestiam-se de certo laço familiar, que vinha até o famulato. Hoje, as novas regras jurídicas de proteção dos empregados são, em parte, tìpicamente de direito público.

c) Os *direitos patrimoniais* servem às necessidades da pessoa; não correspondem a deveres morais do titular, – a satisfação do titular é o próprio fim dêles; a moral apenas aparece, nos suportes fácticos das regras jurídicas, para evitar que nasçam (arts. 145, II), ou para lhes limitar o exercício (há dever moral de só se exercerem os direitos de conformidade com os interêsses humanos e êsse dever serviu à concepção da regra jurídica do art. 160, I, 2.ª parte, sôbre exercício regular do direito). Em princípio, os direitos patrimoniais são transmissíveis entre vivos e a causa de morte. Não são todos de valor só econômico (pecuniário); daí haver direitos patrimoniais intransmissíveis. *a*) Há os direitos reais, que se dividem em *direitos reais de senhorio* e *direitos reais à aquisição*, sendo êsses os direitos a adquirir a propriedade ou algum direito real (direitos formativos geradores), como o direito de ficar com as raízes e ramos da árvore que tem o vizinho de que trata o art. 558. *b*) Há os *direitos sôbre bens imateriais* (obra literária, científica, ou artística, marca, modêlo), que, se pertencem a quem criou, se dizem *direitos de autor*. São patrimoniais, se bem que nem sempre sejam redutíveis a valor pecuniário. *c*) Há os *direitos de crédito*, que se dirigem a prestação, de valor pecuniário ou não, e são de pessoa a pessoa (não de pessoa a sujeitos totais, como os direitos reais e os direitos sôbre bens imateriais). *d*) Os *direitos hereditários* apresentam certas carac-

terísticas: se alguém renuncia à herança (art. 1.581, 2.ª parte), o que vem após, na ordem da sucessão, herda, porém, verdadeiramente, já era titular de direito hereditário (cp. art. 1.584), direito que é atual, quanto ao que o herdeiro já pode exercer (*e. g.*, art. 1.596), e eventual, quanto à aquisição da herança. O direito do herdeiro fideicomissário é mais "cheio": independe da vontade do fiduciário, pôsto que a renúncia por aquêle possa ser a êsse proveitoso (art. 1.729). Tem-se procurado ver no direito do herdeiro contra alguém que, invocando direito hereditário, que não tinha, obteve bem da herança, outro caso de direito subjetivo hereditário (*e. g.*, L. ENNCCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 176, e ainda HANS CARL NIPPERDEY, 39.ª ed., § 72, IV, 2); mas sem razão, pois o que se apoderou do bem da herança sem ter direito a ela, ainda que isso só se julgue em ação rescisória de sentença, se pôs em situação de responder por ela. É verdade que diz o art. 1.580, parágrafo único: "Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança do terceiro, que indevidamente a possua, não podendo êste opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão". Trata-se de estabelecimento de pretensão coletiva, que deriva da concepção da herança como unidade, como *universitas* (art. 57); *poderia* estar na Parte Geral o art. 1.580, parágrafo único; e seria o seu lugar próprio, pois a sentença sôbre o assunto não produz coisa julgada material quanto ao direito de herança do autor (G. PLANCK, *Kommentar*, V, 218; R. LEONHARD, *Der Erbschaftsbesitz*, 145; sem razão, E. HÖLDER, Über Ansprüche und Einreden, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 93, 23). O que se pode fazer é cumular a *ação de declaração do direito à herança* (Klage auf Feststellung des Erbschaftsrechts), ou ocorrerá que se trate incidentalmente disso. O que não se pode pretender é que a ação do art. 1.580, parágrafo único, não seja pretensão coletiva (Gesamtanspruch), como sustentavam K. HELLWIG (*Anspruch und Klagrecht*, 62 s.), J. BINDER (*Die Rechtsstellung des Erben*, III, 435 s.) e R. LEONHARD (*Der Erbschaftsbesitz*, 144 s.); pois o conceito de universalidade está à base da regra jurídica do art. 1.580, parágrafo único (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, V, 3.ª ed., 217 s.; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 3, 19.ª-21.ª ed., 204 s.; contra, além de K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 47 s., J. BINDER, *Die Rechtsstellung des Erben*, III, 363 s., F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz*, 242 s., que negam existir no Código Civil alemão pretensão de petição de herança, *Erbschaftsanspruch*, e afirmam que apenas se tem a soma das pretensões particulares do herdeiro contra o possuidor da herança, e até certo ponto H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der* rei vindicatio, 227 s. e 156, que

alude a relação de todo a parte, em se tratando de pretensão à herança e pretensões particulares).

Consumada a aquisição da herança, os direitos subjetivos, inclusive aquêle a que se liga a pretensão à herança (art. 1.580 e parágrafo único), já são no plano da Parte Geral e do direito das coisas. Se alguém obtém coisa da herança à base de direito hereditário que não existe, viola os direitos dos herdeiros, como donos da herança, não como *sendo* herdeiros, tanto quanto o que dissera ter herdado de B o bem de que A é dono.

4. Coloração do objeto como elemento do suporte fáctico. – Quando se está a redigir regra jurídica e se cogita de determinar o elemento (objetivo) do seu suporte fáctico, ou se alude a objeto (coisa ou objeto não-coisa) que se há de inserir como fato, ou se alude a objeto de direito, isto é, a objeto que já estêve em suporte fáctico de alguma regra jurídica, de modo que a eficácia do fato jurídico, em que se tornou o suporte fáctico, o *coloriu* (= o fêz objeto *de direito*). Por aí se vê que a regra jurídica do art. 592 (ocupação de coisa ainda não apropriada, ou abandonada) incide sôbre suporte fáctico, um de cujos elementos (objetivos) é a *res nullius*, elemento do mundo fáctico, de onde não saíra, ou a que voltara; e a regra jurídica dos arts. 620-622 (tradição) tem, no suporte fáctico, elemento (objetivo), que já é elemento do mundo jurídico.

5. Coisas corpóreas e coisas incorpóreas. – Quando se fala de coisas corpóreas e coisas incorpóreas, dá-se a "coisas" o sentido amplo de objeto. Aliás, os dois sentidos vêm do direito romano onde Gaio, na L. 1, § 1, D., *de rerum divisione et qualitate*, 1, 8, dividia as *res* em *res corporales* e *res incorporales*. Poder-se-ia evitar a duplicidade de sentido (*e. g.*, no Código Civil alemão, onde "coisa" só é objeto corpóreo); porém êsse rigor técnico não tem sido a característica dos legisladores, nem da doutrina.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 117. A – Legislação

O art. 547 do CC/1916 encontra similitude no art. 1.255 do CC/2002: "Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprie-

tário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização".

O art. 546 do CC/1916 tem dispositivo correspondente no art. 1.254 do CC/2002. O art. 43, II, do CC/1916 possui correspondência com o art. 79 do CC/2002.

Os arts. 43 a 70 do CC/1916 tratavam das definições e classificações dos bens. No Código atual: os arts. 43 a 46 do CC/1916, que tratavam dos bens imóveis, têm correspondência nos arts. 79 a 81 do CC/2002; os arts. 47 a 49 do CC/1916, que dispunham sobre os bens móveis, correspondem aos arts. 82 a 84 do CC/2002; os arts. 50 e 51 do CC/1916, referentes às coisas fungíveis e infungíveis, têm correspondência nos arts. 85 e 86 do CC/2002; os arts. 52 e 53 do CC/1916, que diziam respeito às coisas divisíveis e indivisíveis são correspondentes, correspondem aos arts. 87 e 88 do CC/2002.

Os arts. 54 a 57 do CC/1916, referentes às coisas singulares e coletivas, são tratados da seguinte maneira: o art. 54, *caput*, não possui correspondência no Código atual, mas o seu inc. I corresponde ao art. 89 do CC/2002; o inc. II corresponde ao art. 90, *caput*, do CC/2002; os arts. 55 e 56 não possuem dispositivos correspondentes no Código atual, e o art. 57 do CC/1916 tem correspondência no art. 91 do CC/2002. Quanto aos arts. 58 a 64 do CC/1916, que tratam dos bens reciprocamente considerados, temos o seguinte: o art. 58 do CC/1916 corresponde ao art. 92 do CC/2002; os arts. 59, 60, 61 e 62 do CC/1916 não possuem dispositivos correspondentes no Código vigente, enquanto o art. 63 e seus três parágrafos têm correspondência no art. 96, §§ 1.°, 2.° e 3.°, do CC/2002. Os arts. 65 a 68 do CC/1916, referentes aos bens públicos e particulares, são reproduzidos nos arts. 98 a 103 do CC/2002. O art. 69 do CC/1916, que tratava das coisas fora do comércio, não vem repetido no Código atual. Dos arts. 70 a 73 do CC/1916, que tratavam do bem de família, somente o art. 70 e seu parágrafo único encontram correspondência atualmente nos arts. 1.711, 1.715, *caput*, e 1.716 do CC/2002.

Os incs. III e IV do art. 1.521 do CC/1916 tratavam da reparação civil "pelo patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele" (III); "os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos" (IV). Tais dispositivos são idênticos aos incs. III e IV do art. 932 do CC/2002.

Cumpre observar que quanto ao art. 14 do CDC há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade do hospital por danos sofridos pelos pacientes nele internados.

§ 118. CONCEITO DE BENS

1. "Bem", no Código Civil. – O conceito de "bem", no Código Civil, arts. 43-49, 58-68 (cf. arts. 69 e 70), é aproximativamente o de objeto de

direito; mais amplo, pois, que o de coisa. É ao conceito de bem, e não ao de coisa, que se prendem a distinção entre bens públicos e bens particulares, a distinção entre bens móveis e imóveis e, a despeito da expressão "coisas", a distinção entre coisas singulares e coletivas (ou universais).

2. INICIATIVA COMO BEM. – A iniciativa é o aparelhamento imaterial, que não se pode reduzir a trabalho, no sentido estrito e inserto no art. 157 da Constituição de 1946, nem ao capital. É a soma de conhecimentos necessários e de atos de reunião ou captação de capitais, às vêzes de capitais e trabalho, que serve ao lançamento, ao melhoramento e à expansão das emprêsas. Ainda se encontram mesclados na mesma pessoa os três elementos, ou só dois, e nas civilizações primitivas sempre apareciam indiscerníveis. Mas, na economia contemporânea, *que a Constituição de 1946 supõe*, sempre que se acham separados, separadamente se hão de tratar. Uma das exigências do tratamento em separado é a separação das retribuições. A remuneração do trabalho, específica, suscetível de estudo econômico, político e jurídico à parte, devido à sua especificidade, é o *salário*, ainda quando se lhe chame vencimento, honorário, provento, etc., expressões que traduzem distinções sociais já desaparecidas ou ainda existentes. A remuneração do capital é o interêsse, que é o "preço" pela transferência do poder de empregar efetivamente ou de conservar o capital. Se é transferência em criação de relação jurídica pessoal (*e. g.*, mútuo), ou se substitui à relação jurídica real da propriedade (do dinheiro, ou de bens avaliados) relação jurídica real de outra natureza, há sempre o fator comum da transferência do poder de consumir ou de empregar o capital. O *juro*, a *renda dos bens imóveis*, ou *móveis* (fora o dinheiro e os bens fungíveis), e o *dividendo* são interêsses, remunerações do capital. A remuneração da iniciativa, quando separada do trabalho e do capital, é a comissão, o prêmio, o ordenado dos diretores técnicos. Tudo isso é custo da produção. O trabalho de direção e de fornecimento de planos e conhecimentos, ainda nas relações interindividuais, pertence, por definição, à iniciativa.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 118. A – Legislação

Conferir a atualização do § 117.

§ 118. B – Doutrina

Clóvis Bevilaqua, em comentário ao art. 43 do CC/1916, define: "para o Direito, bens são os valores materiais ou imateriais que servem de objeto a uma relação jurídica", e acrescenta: "a segunda seção da Parte Geral do Código Civil alemão intitula-se 'Sachen', 'coisas'. O Código Civil brasileiro preferiu denominar 'Dos Bens' o livro segundo da Parte Geral para, de acordo com a extensão maior do significado da palavra 'bens', dar maior latitude ao alcance dos dispositivos" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 836, n. 557, nota 60).

§ 119. VALOR E OBJETO DE DIREITO

1. VALOR. – Para o conceito de coisa, ou de bem, ou de objeto de direito é sem relevância o conceito de *valor*. O que não tem valor pode ser objeto de direito, inclusive de direito das coisas (coisa em senso estrito). A tese de ser *res nullius* a coisa sem valor (ADAMKIEWICZ, Der Niessbrauch am Bruchteil, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 31, 21 s.) tem de ser enèrgicamente repelida. Há propriedade de coisas sem valor e, até, de valor negativo, pelo custo de as guardar (*e. g.*, coleção de jornais velhos; direito de autor de telas, músicas, ou livros que não mereceriam ser editados e, de certo, ninguém os adquiriria; cartas, cartões, papéis de embrulho já utilizados; créditos contra insolventes). O Código Civil (arts. 52 e 53) abstrai do valor, ainda ao tratar do conceito de divisibilidade da coisa: no seu sistema jurídico, não se pode definir coisa divisível a que se pode cindir sem diminuição do valor (diferente, o Código Civil alemão, § 725; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, III, 5; B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, I, 77).

2. DETERMINAÇÃO DO VALOR. – O valor pode ser *legal*, ou por *determinação das circunstâncias*. Por outro lado, o objeto não perde o valor se apenas diminui o seu valor de troca. Confusão surge em A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, I, 315), quanto a ser sem valor a entrada intransferível de teatro, ou casino, ou restaurante, ou baile: a sua afirmação de ser tal a diminuição que o bilhete para o concêrto se despatrimonializa, tornando-se o seu objeto, tão-só, o gôzo da música, é desmentida pelos fatos de, perdendo-o, ter de adquirir, pelo mesmo preço, outro, também intransferível, e poder ser responsabilizado pelo dano quem o inutilize. Aliás, o gôzo da música é *momento* posterior ao da avaliação do bilhete, é o momento da consumpção do bem.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 119. B – Doutrina

Para Pontes de Miranda, o valor de um bem pode ser legal ou por determinação das circunstâncias. Quer dizer, por duas maneiras é possível avaliar-se o valor de um bem.

CAPÍTULO II
ESPÉCIES DE COISAS E DE BENS

§ 120. COISAS FUNGÍVEIS E COISAS NÃO-FUNGÍVEIS

1. CONCEITOS. – Fungibilidade é a substituibilidade qualitativa e quantitativa. Em vez de se levar em conta a individualidade da coisa, atende-se ao gênero, que é classe. A formação da classe é determinada pelo tráfico habitual, e não arbitràriamente (J. KOHLER, em F. v. HOLTZENDORFF, *Enzyklopädie*, II, 7.ª ed., 20). A fungibilidade não se confunde com a determinação da coisa pelo gênero e pela quantidade, a que se refere o art. 875, pois essa determinação não advém do tráfico, e sim de enunciados do negócio jurídico (J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 74; sem razão, P. LANGHEINEKEN, Vertretbare und Gattungssachen, *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 7, 176); nem se pode tornar infungível, por alguma proposição do negócio jurídico, a coisa que o é (H. NEUMANN, *Handsausgabe*, I, 83).

2. O ART. 50. – Diz o art. 50: "São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". Sòmente se trata de coisas móveis; nunca de imóveis. A opinião isolada de P. OERTMANN (*Allgemeiner Teil*, 251) foi repelida. O conceito é assaz relevante para o conceito de mútuo (art. 1.256), o *depositum irregulare* e a assinação (*Answeisung*). Tôdas as moedas correntes, os cereais, os panos e as roupas são fungíveis. Também os papéis de valor (títulos de crédito), os livros da mesma edição, as máquinas que não foram feitas especialmente para o lugar ou

para alguma indústria (portanto, sem razão O. WENDT, Wie etwas heisst und was es ist!, *Archiv für die civilistische Praxis*, 103, 441 s., que as exclui sempre, e os demais que sempre as incluem, *e. g.*, G. PLANCK, *Kommentar*, *I*, 4.ª ed., 179). As circunstâncias, em que as coisas se destinavam a algum fim, não lhes apaga a qualidade de fungíveis. Todavia, peças de mobiliário, se, sem lhes prejudicar a destinação, não podem ser retiradas do conjunto, hão de ser tidas como infungíveis (H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 96; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 121); bem assim, a roupa feita sob medida com pano especial (F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª e 9.ª ed., 256).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 120. A – Legislação

O art. 50 do CC/1916 fazia a distinção e conceituava as coisas fungíveis e não fungíveis, enquanto o art. 85 do CC/2002 preferiu conceituar, tão somente, as coisas fungíveis: "São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". Assim dispondo, deixou claro que a fungibilidade é qualidade própria dos bens móveis. Os bens imóveis não as têm.

O art. 51 do CC/1916 é repetido com a idêntica redação no art. 86 do CC/2002: "São consumáveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação".

§ 120. B – Doutrina

As coisas fungíveis e não fungíveis dos bens móveis apresentam o seguinte significado: as coisas fungíveis são aquelas que podem e não fungíveis, quando não podem ser substituídas por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade. As coisas fungíveis são determinadas "por medida, peso ou número, dentro de um gênero; as infungíveis se caracterizam como corpos certos, individualizados e insubstituíveis uns pelos outros. A fungibilidade, segundo o sentir dos autores, não resulta, exclusivamente, da natureza das coisas, pois o uso, ou a vontade das partes, pode estendê-la às coisas intrinsecamente fungíveis" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 870-871).

§ 121. COISAS CONSUMÍVEIS E COISAS INCONSUMÍVEIS

1. CONCEITOS. – "São consumíveis", diz o art. 51, "os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação". A consumibilidade só se refere a móveis. Quem, tirando terra e outros materiais à ilha, a fêz desaparecer, destruíu-a pelo uso, não a consumiu. De ordinário, a consumibilidade e a fungibilidade coincidem; mas há coisas fungíveis, como os livros, que não são consumíveis. É preciso que a conseqüência do uso seja imediata (= que a coisa móvel seja, por sua natureza, destinada à consunção), art. 51, *verbis* "destruição imediata". Se falta êsse elemento, não se pode falar de coisa consumível: as roupas, por exemplo, não são destinadas a consumo, pôsto que se destruam com o uso; são gastáveis, não são consumíveis. Por isso, quando o Código Civil e outras leis se referem a coisas consumíveis, não se incluem as roupas (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 253; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 180; CARL CROME, *System*, I, 297, nota 4).

2. CONSUMIBILIDADE POR DESTINO. – São também consideradas (= construídas) como consumíveis as coisas destinadas à alienação (art. 51, 2.ª parte). O conceito de consumibilidade não as alcançaria; daí a regra especial. Tais são o dinheiro, os cupões de juros, os títulos ao portador e os títulos à ordem. Não os demais papéis de crédito (E. ECK, *Vorträge*, I, 98; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 180; OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 253; H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 96; GOLDMANN-LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 122, nota 3; CARL CROME, *System*, I, 297, que inclui quaisquer títulos de valor).

Também se consideram consumíveis as coisas que se acham em armazéns gerais, ou depósitos de mercadorias, ou em universalidades de coisas (art. 54, II), cujo uso consista em venda a retalho, ou em grosso. Deixam de o ser, se delas saem (*e. g.*, a roupa, que era coisa consumível enquanto na loja de fazendas ou de roupas feitas, torna-se coisa inconsumível, desde o momento em que alguém a compra para si ou para outrem), salvo se entram noutro armazém geral, depósito de mercadorias, ou universalidade, cujo uso consista em venda a retalho ou em grosso.

3. PRECISÃO DE CONCEITOS. – As coisas consumíveis são, em primeiro lugar, as coisas que se destinam a ser consumidas, e não basta, portanto, serem destinadas à alienação (cp. art. 51, *in fine*). O tráfico responde se a

coisa é destinada ao consumo, ou não. Também se consideram consumíveis as coisas que pertencem aos armazéns de mercadorias, ou ao conjunto de coisas, como os relógios do vendedor ambulante e as caixas de vinho dos depósitos e das casas de importação ou exportação de vinhos. Não são, perante o direito, consumíveis, embora, fàcticamente, o sejam, os vestidos, os livros e os tapetes, porque se destinam a uso sem consumo. Se o uso consome, a coisa é consumível; mas pode ser consumível, por simples destinação, se nem sempre o uso a consumiria. Se a coisa está destinada à venda, à alienação, trata-se, enquanto está, como consumível, e consumível diz-se, porque o tráfico o exige. Não são *res, quae ipso usu consumuntur* ou *res quae in abusu consistunt* (aqui, *abusus* é consumo, cf. J. Fr. Göschen, *Vorlesungen*, I, 232), como vinho, óleo, farinha, perfumes. Mas têm destino de alienação, espécie que o direito hodierno acrescentou às do direito comum. Quanto às *res quae usu minuuntur*, não são tôdas consumíveis; *e. g.*, a faca, a pua, a enceradeira, a máquina de lavar roupa. Salvo se a minuição exaure, porque, então, *usu minui* é igual a *usu consumi* (*e. g.*, perfume, lâmina de barbear). À diferença dessas coisas, a máquina de encerar ou de lavar conserta-se, continua, ainda depois de longo uso, com o nome que tem e certa aproveitabilidade como tal. Assim, quando se fala de *usu minui* só se há de entender a coisa que, gastando-se, deixa de ser o que é (Büldt, *Der Niessbrauch an verbrauchbaren Sache*, 13). Tal conseqüência não tem, de regra, a diminuição qualitativa; tem-na a quantitativa (Ch. Fr. Glück, *Ausführliche Erläuterung*, IX, 403; C. O. von Madai, *Beiträge*, V, 157; R. von Jhering, Kritisches und exegetisches Allerlei, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 15, 405; G. Hanausek, *Die Lehre von uneigentlichen Niessbrauch*, 16 s.; contra E. I. Bekker, *System*, I, 303), se exaure, ou exaure até à equivalência a utilizabilidade da coisa como tal.

Atos de consunção são os atos exaurientes da substância, seja de uma só vez, seja pela continuidade do emprêgo. O vestido usa-se, torna-se roupa usada; não se consome. Os juristas romanos (Ulpiano e a codificação justinianéia) contradiziam-se (L. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9; L. 15, § 4, D., *de usufructu et quemadmodum quis utatatur fruatur*, 7, 1, que não reputava consumível as vestes; e § 2, I., *de usu fructu*, 2, 4, que a considerava, mas R. von Jhering, 406, achou, sem razão, que *vestimenta* está, por êrro de cópia, no texto justinianeu, em vez de *esculenta*). O êrro foi das Institutas (A. Vinius, *Institutionum*, II, 4, § 2; G. Noodt, *Opera omnia*, Livro I, 20; cp. M. A. Galvanus, *De usufructu dissertationes variae*, Cap. III, § 6, que entende dever-se inquerir da vontade do testador, seguido por outros, como Ph. Held, *Die Lehre vom* ususfruc-

tus earum rerum, 45; sendo que se referem a regra jurídica de interpretação e a espécie de vestes, G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, I, 403, e R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, 695).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 121. A – Legislação

O art. 51 do CC/1916 corresponde ao art. 86 do CC/2002. "São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo considerados tais os destinados à alienação".

O art. 54 do CC/1916 encontra correspondência no art. 90 do CC/2002: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária". Por sua vez, o art. 90, parágrafo único, do CC/2002 diz: "Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de reclamações jurídicas próprias".

A Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) considera os aeródromos públicos como universalidades e patrimônios autônomos, independentes do titular do domínio.

§ 121. B – Doutrina

Com as novas técnicas da indústria, muitos objetos considerados inconsumíveis são tratados como "descartáveis", isto é de utilização limitada, o que os torna consumíveis. O Código de Defesa do Consumidor faz a distinção entre bens duráveis e não duráveis (art. 26 do CDC) (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 305), enquanto o art. 86 do CC/2002 dispõe: "São consumíveis os bens cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação".

§ 122. DINHEIRO

1. CONCEITOS. – Nas leis fala-se de dinheiro, sem se lhe dar definição. Há, em verdade, duas significações: *a*) uma, que é a usual; *b*) outra, a que resulta do direito público interno. Se alguma coisa é tida como meio comum de valor, dinheiro é (cédulas de emissão do Tesouro Nacional, moedas estrangeiras, papel-moeda estrangeiro, bilhetes de banco estrangeiros).

No sentido estrito, dinheiro é o que tem curso forçado no país; portanto no Brasil, o que fôr emitido com a autorização do Congresso Nacional (Constituição de 1946, art. 65, VI, 2.ª parte). Se foi usada a expressão "dinheiro" no sentido *a*), ou no sentido *b*), é questão de interpretação, mas, na dúvida, entende-se no sentido *b*). Nas próprias leis, dinheiro pode estar em sentido *a*); *e. g.*, no art. 432, sôbre dinheiro pertencente aos tutelados.

2. ESPÉCIES DE DINHEIRO. – Dinheiro corrente (= moeda corrente) é a que tem de ser recebida por aquêles que têm pretensões a dinheiro, ou valor de alguma coisa. Dinheiro miúdo ou moeda relativamente fracionária é a que não corresponde a certo estalão da vida, quanto a prestações (*e. g.*, não se pagam dois milhões de cruzeiros em notas de cruzeiro). Dinheiro papel é o que exprime seu valor, mas é apenas papel a que se deu o curso forçado. Valor nominal do dinheiro é o que está impresso na moeda ou no papel. Valor intrínseco é o valor do metal, em que se fêz a moeda; e o papel moeda não no tem. Valor em curso é o que, em comparação com a moeda estrangeira, ou alguma moeda nacional, tem o dinheiro; pode ser o comum do tráfico ou o de bôlsa. Se o valor do dinheiro diminui de muito, ou ocorreu isso por inflação (excesso de meio circulante), ou por falta de divisas estrangeiras (o que nem sempre corresponde à inflação).

3. CONSUMIBILIDADE. – Discute-se se o dinheiro é coisa consumível, ou se o não é. O direito romano tinha-o como consumível (L. 32, D., *de minoribus viginti quinque annis*, 4, 4; L. 13, D., *de rebus creditis*, 12, 1; § 2, L, *de usu fructu*, 2, 4). A sua "assídua permutatio" dá-lhe a natureza de coisa consumível: "in ipso usu assídua permutatione quodammodo extinguitur". Destina-se à alienação. Não se consome o metal, ou o papel; mas consome-se o valor, que é o dinheiro. Serve de meio de troca, de mercadoria e de meio de transporte. Os juristas romanos viram bem quanto o destino a ser alienado tornava consumível o dinheiro (cf. H. HOHENEMSER, *Die Konsumation des Geldes*, 76; GEORG HOFFMANN, *Die verbrauchbaren Sachen*, 36). No texto justinianeu, a *pecunia numerata* é chamada "próxima" das coisas consumíveis, porque ainda não se havia o princípio geral do art. 51, 2.ª parte. Mas tal consumibilidade pode cessar, se a destinação à alienação cessa (*e. g.*, coleção de moedas), ou se, tratando-se de dinheiro metálico, intervém a má fé, que permite a reivindicação (art. 616). O dinheiro como valor não é suscetível de comistão, ou confusão, de modo que o dono de um milhão de cruzeiros não fica dono de um cruzeiro, que se misturou com aquêles.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 122. A – Legislação

A Constituição de 1988 diz competir à União "emitir moeda" (art. 21, VII, da CF/1988) exclusivamente, pelo Banco Central do Brasil (art. 164 da CF/1988), competindo ao Congresso Nacional legislar sobre "moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal" (art. 48, XIV, da CF/1988).

O art. 616 do CC/1916 corresponde ao art. 1.273 do CC/2002.

§ 122. B – Doutrina

O dinheiro é o bem fungível por excelência. Todavia, "poderá tornar-se infungível se se tratar de moeda retirada de circulação, portanto, objeto de coleção" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 304). De igual forma se há de entender quanto ao papel-moeda retirado de circulação e que passa a ser objeto de coleção.

§ 123. NOMES DAS COISAS

1. COISAS TÊM NOME. – As coisas também têm nomes. Os nomes das coisas não entram no mundo jurídico senão excepcionalmente. Permanecem no mundo fáctico: nêle é que o cavalo se chama "Furacão" e a fazenda "Duas Barras", ainda que conste dos registos (*e. g.*, Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 188, 2.°, *verbis* "denominação do imóvel, se fôr rural"). O nome das casas é livre. Todavia, se alguém põe "Leão de Ouro" na casa, para estabelecer confusão com o restaurante do mesmo nome, ou instalado em casa do mesmo nome, o seu dolo ou culpa permite a ação do art. 159, se o ato causa dano ao dono do restaurante. O nome não entrou no mundo jurídico, mas figura como elemento no suporte fáctico de ato ilícito absoluto. Ao tempo da escravidão, os escravos tinham nome, nome de coisas, que o dono lhes dava. Depois, com o batismo, estabeleceu-se contradição entre o direito e a religião. Outras contradições são internas ao direito; *e. g.*, nos sistemas jurídicos (não assim no brasileiro), em que se atribui personalidade às sociedades comerciais e se reputa nome de coisa o seu nome, – velha confusão com o título do estabelecimento ou a insígnia.

Têm nome os jornais, as revistas, os boletins e os livros. O nome dos periódicos entra, com o registo, no mundo jurídico, como o título dos estabelecimentos. Pode compreender o nome e subtítulo ou o subnome ou nome adjeto; ou só aquêle.

Os nomes que se dão em ciência, como raios Röntgen, relatividade einsteiniana, moléstia de Chagas, teorema de Gödel, não entram no mundo jurídico. Participam da livre disponibilidade de espírito, que é essencial à ciência, e a carga de estabilidade, que tem o direito, prejudicaria o ambiente de liberdade de que devem desfrutar a investigação e a nomenclatura científicas. A ciência mesma se protege (cf. MARTIN ISAAC, *Der Schutz des Namens*, 69; A. WEBER, *Dogmatik des Namensrecht*, 45). Se se quer a tutela da propriedade científica ou industrial, nada tem isso com o nome, – ou se adquiriu exclusividade de marca de indústria e de comércio, ou da expressão ou sinal de propaganda.

2. ESPÉCIES. – Nomes de coisas, que entram no mundo jurídico, são os nomes dos estabelecimentos ("títulos"), algumas vêzes as insígnias e as marcas de indústria e de comércio, que são nomes de espécie de coisas. O nome comercial é nome de pessoa. Ao instituto das marcas de indústria e de comércio corresponde proteção do nome de espécie, que, de regra, não é tutelado. Os sinais e expressões de propaganda também se aplicam em espécies, porém não são, pròpriamente, nomes de coisas. Até certo ponto, nomeiam-nas com as indicações de procedência, que se prendem ao direito à verdade. Os navios e demais embarcações têm nomes, que entram no mundo jurídico.

3 ESCOLHA DO NOME DAS COISAS. – Na escolha do nome de coisa, pode preferir-se nome de pessoa, e sòmente o art. 159 ou as regras jurídicas de tutela de nomes de coisas podem vedá-lo. Se o titular do nome usa-o como nome de coisas, é direito seu; se alguém usa o nome de outrem, ou o faz com o seu consentimento, ou com a presunção dêsse consentimento (*e. g.*, deu ao grande edifício de residência ou de escritórios o nome de algum estadista ou escritor), ou contra o seu consentimento. Se se trata de homem público, a sua oposição, sem provar ofensa a algum direito absoluto, ou relativo, em que seja devedor (consentira, antes, em negócio jurídico, em que se dera o seu nome a algum estabelecimento de igual finalidade), é insuficiente: se causa dano, a utilização é lícita (A. WEBER, *Dogmatik des Namensrecht*, 71). Não pode ser pôsto o nome que aluda à profissão do titular; *e. g.*, *o* nome do cirurgião no prédio destinado a hospital, o nome do engenheiro arquiteto no prédio destinado a escritório de arquitetos; salvo se já falecido o titular do nome.

Se não é de nome de edifício que se cogita, e sim de estabelecimento, ou insígnia, ou marca de indústria e comércio, ou sinal ou expressão de propaganda, é preciso o consentimento do titular, ou dos seus "sucessores diretos" (Decreto n. 7.903, de 27 de agôsto de 1945, art. 95, 9.°, 120, 7.°, e 125, 4.°).

4. DIREITOS ORIUNDOS DO NOME DAS COISAS. – O nome de coisa, entrando no mundo jurídico, dá ensejo a fato jurídico, de que se irradiam direitos; nunca, está visto, direito de personalidade. Aliás, usou-se e abusou-se, no começo do século XX, das analogias com o direito ao nome de pessoa. Trata-se de direito de propriedade, se é, na espécie, regulado em lei, ou de direito à identificação das coisas, direito que se contém no de propriedade delas e é protegido, se a ofensa atinge à propriedade. Não seria difícil conceber-se direito à parte, mas a tal grau de expansão ainda não chegaram os sistemas jurídicos (A. WEBER, *Dogmatik des Namensrecht*, 73). Se o direito ao nome de coisa não resulta de registo, a ação de abstenção e a de preceito cominatório inicial não cabem. Só o registo pode dar-lhes base. A ação do art. 159 é que seria intentável, pela falta de subjetivação do direito ao nome de coisa.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 123. A – Legislação

O Dec. 4.857/1939 encontra-se revogado pela Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973). O art. 159 do CC/1916 é correspondente ao art. 186 do CC/2002.

§ 123. B – Doutrina

Permite-se dar nomes às coisas. Quando os nomes entram no mundo jurídico, passam a ter proteção do Direito, desde que sejam obedecidas as regras constantes do texto.

§ 124. BENS IMÓVEIS

1. CONCEITO. – Os bens imóveis ou são coisas imóveis ou outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens imóveis. São *coisas*

imóveis os *prédios* (praedia), isto é, o solo, com o subsolo e o espaço aéreo, árvores, frutos pendentes, a semente lançada à terra, os edifícios e construções, que se não possam remover sem destruição, modificação, fratura, ou dano (ligação corporal), e o que, embora seja despregável sem alteração do imóvel e apareça, exteriormente, como coisa, esteja ligado ao solo, em conexão corporal que se baseie, pelo menos, na gravidade e tenha sido colocado para perder a sua individualidade (art. 43, III: "Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade"). O bem imóvel faz então um todo, sendo que o *terreno* é o núcleo; sem êle não se pode pensar em edificação, ou outro bem, que possa ser tido como objeto de direito em separado. O edifício é parte integrante do prédio. Bem assim, os muros, os canais, os canos, as manilhas; porém não os bancos do jardim, ainda que tenham lugar para encaixe dos pés, pôsto que o lampeão de quintal, ou jardim, ainda que apenas colocado no lugar e fixado só por seu pêso, seja parte integrante. As persianas têm-se como partes integrantes, como as grades aparafusadas, os toldos que foram feitos sob medida e se colocam em ferros embutidos, os refrigeradores e aquecedores que se encaixam na parede, ainda que separáveis, se é a espécie do art. 43, III. Os próprios bancos de jardim, se feitos para o estilo especial da casa e para se ligarem a ela, segundo o art. 43, III, são parte integrante.

2. PARTES INTEGRANTES. – O *terreno* é que é o substrato, o núcleo, o cerne, do bem imóvel por sua natureza; sem êle, não há bem imóvel por sua natureza (arts. 43, I-III, e 44, 1). Diz o art. 43: "São bens imóveis: I. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo". Aliás, o art. 43 há de se entender como se enunciasse: "Faz parte integrante do imóvel..."; porque a enumeração (I-III) de modo nenhum significa que a cada inciso (I, II, III) corresponda um imóvel: está-se a analisar bem imóvel, e não a exemplificar ou apontar, exaustivamente, os bens imóveis. O núcleo é o terreno, desde que, transcorrida a antigüidade, se começou de descobrir o que havia de ser tratado diferentemente, no direito, em razão da imobiliaridade e da mobiliaridade da propriedade e da função econômico-social. No direito brasileiro, a superfície é parte integrante: não temos direito de superfície; as acessões (impròpriamente chamadas "acessórios", no art. 43, I) integram-se no imóvel (arts. 530, II, 536 a 549), e "adjacências naturais" são as partes que aumentam o terreno ou seja por ilha formada, aluvião, ou avulsão, ou abandono de álveo ou construção, ou plantação,

ou por ação irracional, como é o caso do amontoamento de areia, ou terra, ou fôlha, trazida pelo vento, ou por animais.

Prédio é parte da crosta terrestre, determinada ou determinável por seus limites bidimensionais (terreno). Tudo que não é parte integrante de prédio é coisa móvel. Se a máquina corta, por baixo dos alicerces, o edifício congelado e o desloca para transportá-lo a outro terreno, quiçá a outra cidade, "mobilizou-o": aquêle edifício, que antes era parte integrante do prédio, deixou de o ser; é coisa móvel, autônoma. Passou a ser coisa móvel desde o momento em que foi cortado, para ser deslocado definitivamente. Ao ser recolocado noutro lugar, imobilizar-se-á, pois tornar-se-á parte integrante de outro prédio. O conceito de bem imóvel é assaz importante no sistema do Código Civil; *e. g.*, art. 10 da Introdução (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 8.°, § 1.°), 70, 134, II, e 589, II, 235, I e II, 242, I-III, 251, parágrafo único, II e IV, 290, 291, 293, 310, 386, 429, 433, II, 472, 474, 475, 498, 530-588, 676, 776, 1.200-1.215. As partes do terreno que podem ser alienadas em separado são partes integrantes *não-essenciais*; se a legislação federal, estadual, ou municipal fixa o tamanho menor do terreno, as partes dêle sòmente podem ser alienadas até onde não infringem a lei: essencializou-se o resto. Tal regra jurídica não exclui a alienação de partes indivisas. O imóvel pode ter *partes ideais*; não pode ser composto por parcelas. Para que exista comunhão *pro diviso*, é preciso que assente em partes ideais: não há comunhão *pro diviso* do edifício e do terreno, – dividir-se-ia o prédio (edifício mais terreno), se pudesse ser concebida e realizada. As *partes reais* do imóvel (a casa, a casa de empregados, a piscina, o jardim) não se podem considerar, sempre, partes essenciais do imóvel. Algumas podem ser alienadas e adquirem independência, pela transcrição, e o próprio dono pode pedir a transcrição do título de divisão, ou irem ser partes de outro imóvel. As *partes ideais* nunca se podem ter como independentes. A comunhão *pro diviso* obtém que as partes ideais, com a divisão, *e. g.*, do edifício em apartamentos, funcionem *como se* fôssem independentes.

O art. 43, III, fala do que o proprietário mantiver intencionalmente incorporado ao imóvel, para sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. Supõe relação jurídica de propriedade em que *também* seja titular o dono do imóvel. O que o possuidor (*e. g.*, locatário, comodatário, depositário) incorporou intencionalmente para exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, não se torna parte integrante do prédio. Se não entra nas espécies do art. 43, II, não há pensar-se em integrar-se

no imóvel o que *era* e *é* alheio. No art. 43, III, sòmente cabe o que *era* do proprietário e se incorporou, ou não era do proprietário, mas, em virtude da incorporação e de negócio jurídico translativo, *se tornou* do proprietário. Se o locatário prometeu fazer as instalações, dizendo que se transfeririam, *ipso facto*, ao dono do prédio locado, o que se incorporou se tornou *do dono do prédio* (cf. Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de agôsto de 1936, *R. dos T.*, 106, 288; 1.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 20 de dezembro de 1943, *Paraná J.*, 39, 26: "do texto resulta que a coisa móvel sòmente adquire a condição de imóvel por destino, pela vontade do proprietário do imóvel a que a mesma vai ser ligada. E, no caso dos autos, não interveio a vontade do dono do imóvel principal ou de representante seu, na imobilização do maquinismo"), e por isso não pode ser penhorado por dívidas do locatário; *aliter*, se tal incorporação foi intencional para a exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, mas sem transferência negocial e pode ser retirado o que se incorporou, sem destruição, modificação, fratura ou dano. Aliás, se o próprio proprietário é que incorpora coisa sua, a intenção de ser definitiva a ligação e permanecer a intenção são elementos essenciais para se invocar o art. 43, III (1.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 17 de novembro de 1943, *Paraná J.*, 39, 22). O que importa é a figura da exploração industrial, ou a estrutura estética, ou o todo de conforto do imóvel, para se saber se houve inserção da coisa, intencionalmente, por quem dela podia dispor, no imóvel. Assim, se não havia poder de dispor, a que o acórdão da 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1.º de março de 1939, chama "poder de imobilizar", não há cogitar-se do art. 43, III, se bem que possa incidir o art. 43, II. Se não houve a intenção por parte do que pode dispor da coisa inserível, não há pensar-se no art. 43, III, se bem que possa incidir o art. 43, II. Se não há o todo de exploração industrial, ou o aformoseamento, ou o acréscimo de conforto, o art. 43, III, não incide, se bem que possa incidir o art. 43, II. Em conseqüência disso, o gado, que se acha em imóvel, destinado a venda de leite, sendo essa a exploração industrial única, ou preponderante, insere-se no prédio, se bem que o gado destinado a simples pastagem, ou a venda, se mantenha como coisa à parte (2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de maio de 1947, *R. dos T.*, 169, 747, 6.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1950, 185, 859; 1.ª Câmara, 6 de junho de 1950, 188, 325). É preciso verificar-se, prèviamente, se há a figura da exploração, ou a destinação de aformoseamento, ou de conforto; porque não basta a permanência do móvel no imóvel do mesmo proprietário. Depois, se houve a intenção de imobilização e se essa

intenção permaneceu: quem tem poder de dispor do bem móvel pode mobilizar; para se desimobilizar, é preciso que se tenha poder de dispor do imóvel, porque, com a imobilização, o móvel passou a ser parte integrante do imóvel; desimobilizar é dispor, em parte, do imóvel, o que só não tem as conseqüências de ser preciso observar-se o direito concernente à disposição de parte do imóvel, porque tal parte é separável por simples vontade de quem pode dispor do imóvel. Se a volta à mobilidade é em fraude à lei de direito público, ou de direito privado, é outra questão (*e. g.*, 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de maio de 1939, *R. dos T.*, 121, 599: "...o art. 45 do Código Civil permite que êsses bens, imóveis por destino, sejam mobilizados. É uma faculdade conferida ao proprietário, a de os dissociar do imóvel, ou de os distrair do serviço, segundo a tecnologia do direito português. Valendo-se dessa faculdade, muitas vêzes burlam as partes o fisco vendendo separadamente os imóveis por destino e o imóvel por natureza. A jurisprudência francesa considera fraudulenta a mobilização tôdas as vêzes em que não é ela evidenciada por ato material e externo. E assim é quando a mobilização resulta de uma simples declaração feita pelo vendedor, se os dois atos de venda se passarem entre as mesmas partes e em datas mais ou menos próximas").

3. BENS IMÓVEIS POR LEI. – Diz o art. 44: "Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I. Os direitos reais sôbre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram. II. As apólices da dívida pública oneradas com a cláusula da inalienabilidade. III. O direito à sucessão aberta". O emprêgo da expressão "bens imóveis", em vez de coisas, é sem maior alcance para se entender a *imobilização técnica*, que se opera no art. 44, II e III. Seriam bens móveis, sem êsses incisos do art. 44; e poderiam ser tidos por móveis, sem o art. 44, 1, os bens referidos no inciso I. A técnica legislativa faz exaustivas as duas classes dos bens (imóveis, móveis); conforme ressalta nos arts. 44 e 48. O direito que não é bem imóvel é bem móvel.

No art. 43, o Código Civil, ao definir bem imóvel, disse que como tal se considera o que o homem incorporar permanentemente ao solo, como os edifícios e as construções (art. 43, II), de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano. No art. 61, aludindo à relação de acessão, que a má terminologia do Código Civil elevou a relação de acessoriedade, distinguindo *dentro* do conceito de prédio (solo + *x*), acrescentou-se que são acessórios (*sic*) as obras de aderência feitas acima ou abaixo da superfície. Pensando em que a obra pode ser necessária, útil

ou voluptuária, conforme a intensidade do benefício, distinguiram-se no art. 63 as três espécies. A regra jurídica é de grande importância se se tem de determinar a obrigação de alguém em relação ao possuidor *desapossado* (arts. 516-519), ou fora das ações de restituição de posse (arts. 545-549). Não se precisou, nos arts. 545-549, referir a necessariedade, utilidade ou voluptuariedade da obra ou da plantação, ou semeadura, porque nos arts. 516-519 só se fêz isso para se determinar, conforme a boa ou a má fé, o direito do possuidor ou o seu não-direito.

As construções desmontáveis não acedem ao imóvel, tais como os quiosques, barracos de madeira, poleiros, chalés de ferro ou de pau (4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de abril de 1932, *R. dos T.*, 84, 345). A construção de aderência permanente acede ao imóvel, ou é parte integrante ou é benfeitoria útil, ou necessária, ou voluptuária. O possuidor, que a fêz, tem direito a indenização, por fôrça do art. 516, ou do art. 517, ou do art. 547; razão por que foram evidentemente injustos os acórdãos da 4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de fevereiro de 1932 (*R. dos T.*, 86, 408) e da 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 27 de novembro de 1939 (125, 573; *A. J.*, 53, 373).

Os direitos reais sôbre imóveis, inclusive os créditos hipotecários, são bens imóveis: usufruto de imóvel, uso de imóvel, habitação, hipoteca (*aliter*, no direito alemão, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 290), renda imobiliária, anticrese; não os créditos à transmissão de tais direitos ou à liberação, mas os acôrdos de transmissão, os negócios jurídicos unilaterais de perda da propriedade imobiliária e os negócios jurídicos de liberação (sem razão, L. ENNECCERUS, I, 290, que inclui aquêles).

As apólices da dívida pública gravadas de inalienabilidade (e não só as oneradas com a cláusula de inalienabilidade) são bens imóveis (cf. arts. 386 e 429, 432, § 1.°, e 472). Quando a lei manda converter em apólices o produto de bens imóveis, ou algum dinheiro, para que oportunamente se convertam em imóvel, imobiliza as apólices da dívida pública.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 124. A – Legislação

A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes em altura e propriedade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-

-se a atividades que sejam realizadas por terceiros, a uma altura ou propriedade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Ao tratar do conceito de bem imóvel, Pontes de Miranda cita diversos dispositivos do Código Civil de 1916 e da Lei de Introdução ao Código Civil (atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O art. 70 do CC/1916 tratava do bem de família, hoje regulado pelos arts. 1.711 a 1.715 do CC/2002; o art. 134, II, do CC/1916 tem seu correspondente no art. 108 do CC/2002; o art. 589, II, do CC/1916 é correspondente ao art. 1.275, II, do CC/2002, que trata da perda da propriedade imóvel; o art. 235, *caput*, I e II, do CC/1916 não tem correspondência no atual Código; o art. 235, I e II, do CC/1916 corresponde ao art. 1.647, I e II, do CC/2002; o art. 242, I a III, do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil atual; o art. 251, parágrafo único, II e IV, do CC/1916 encontra correspondência no art. 1.651, II e III, do CC/2002; os arts. 290, 291, 293, 310, do CC/1916 não têm dispositivos correspondentes do atual Código Civil; o art. 386, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.691, *caput*, do CC/2002; o art. 429 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.750 do CC/2002; o art. 433, II, do CC/1916 corresponde ao art. 1.754, II, do CC/2002; o art. 472 do CC/1916 corresponde ao art. 29 do CC/2002; o art. 474 do CC/1916 tem correspondência com o art. 30, § 2.º, do CC/2002; o art. 475 do CC/1916 é correspondente ao art. 31 do CC/2002; o art. 498 do CC/1916 corresponde ao art. 1.209 do CC/2002. Quanto ao art. 530 do CC/1916 somente seu inc. I tem dispositivo correspondente no art. 1.245, *caput*, do CC/2002. Os demais dispositivos citados, isto é, dos arts. 531 a 588 do CC/1916 deve ser anotado: (a) os arts. 531 a 535 do CC/1916 tratavam da "Aquisição pela Transcrição do Título", consequentemente, não possuem dispositivos correspondentes no Código atual; (b) o art. 536 do CC/1916 tratava da "Aquisição por Acessão" e encontra correspondência no art. 1.248 do CC/2002; (c) o art. 537 do CC/1916 tem correspondência com o art. 1.249 do CC/2002; (d) os arts. 538, 539 e 540 do CC/1916 dispunham sobre o "aluvião" e têm correspondência com o art. 1.250 do CC/2002; (e) os arts. 541 a 543 do CC/1916 tratavam da "avulsão" e têm correspondência, os dois primeiros ao art. 1.251 do CC/2002, enquanto o art. 542 do CC/1916 não tem correspondência; (f) o art. 544 do CC/1916 regulava o "álveo abandonado" e tem correspondência com o art. 1.252 do CC/2002; (g) os arts. 545 a 549 do CC/1916 regulavam as "Construções e Instalações" e têm correspondência com os arts. 1.253 a 1.257 do CC/2002; (h) os arts. 550 a 553 do CC/1916 tratavam do "usucapião" e encontravam correspondência nos arts. 1.238 a 1.244 do CC/2002. Os arts. 554 a 588 do CC/1916 tratavam dos "Direitos de Vizinhança" e tem correspondência nos arts. 1.277 ao 1.297 do CC/2002. O art. 675 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.226 do CC/2002; o art. 776 do CC/1916 corresponde ao art. 1.467 do CC/2002. Os arts. 1.200 a 1.215 do CC/1916 não têm correspondência no Código vigente.

O art. 43 do CC/1916 tem correspondência com o art. 79 do CC/2002, enquanto art. 45 do CC/1916 não tem correspondente no Código atual.

Sobre bens imóveis: o art. 44 do CC/1916 tem correspondência com o art. 80 do CC/2002. Em seus incisos, o art. 80 do CC/2002 excluiu o art. 44, III do CC/1916, que se referia às apólices da dívida pública oneradas com cláusula de inalienabilidade.

§ 124. B – Doutrina

O Código vigente continua a adotar a mesma classificação dos bens imóveis: (a) imóveis por sua natureza (art. 79 do CC/2002); (b) imóveis por acessão física (art. 79 do CC/2002); (c) imóveis por acessão intelectual (arts. 92 e 93 do CC/2002); e (d) imóveis por determinação legal (art. 80, I e II, do CC/2002).

Vicente Ráo apresenta a seguinte classificação dos bens imóveis: (a) por natureza, como o solo, compreendendo a superfície, a vegetação, as árvores pendentes, o espaço aéreo que ao solo corresponde até o limite da possibilidade de sua utilização; as águas que correndo sobre leito próprio cobrem parte do solo e, ressalvadas as restrições legais, o subsolo com seus produtos naturais; (b) por acessão artificial, ou seja, aquilo que a mão do homem acrescenta permanentemente ao solo, como as sementes lançadas na terra, os edifícios, as construções, seja qual for o material nelas empregado, que se não podem destacar sem destruição, modificação, fratura ou dano. Também se incluem nesta categoria os edifícios pré-fabricados, ainda que desmontáveis, mas ligados ao solo permanentemente, Excluem-se, entretanto, as construções desmontáveis levantadas a título precário, não destinadas à utilização permanente do solo; (c) por destinação, ou seja, tudo quanto o proprietário mantém incorporado ao imóvel intencionalmente, para fim de exploração econômica, ou de aformoseamento, ou comodidade; (d) por determinação da lei, em vista de particular segurança de certas relações jurídicas (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 864-865).

§ 125. BENS MÓVEIS

1. CONCEITO. – São *bens móveis* as coisas móveis e outros objetos de direito que o sistema jurídico tem por bens móveis. São *coisas móveis* as coisas que não são imóveis e as que, móveis, não fazem parte integrante de imóvel. O Código Civil empregou outra definição (art. 47): "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por fôrça alheia" (cf. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço*, art. 388; Código Civil francês, art. 528: "Sont meubles par leur nature les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à d'autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées"; argentino, art. 2.352, que ressalva os que se tornaram partes integrantes de imóvel; uruguaio, art. 415).

2. BENS MÓVEIS POR LEI. – Diz o art. 48: "Consideram-se móveis para os efeitos legais: I. Os direitos reais sôbre objetos móveis e as ações

correspondentes. II. Os direitos de obrigação e as ações correspondentes. III. Os direitos do autor". Os direitos reais sôbre objetos móveis nunca se imobilizam; bem assim os direitos de autor. Se fazem parte de patrimônio hereditário, êsse é que é tido por bem imóvel (art. 44, III). Quanto aos créditos, às pretensões e às ações respectivas, se não são créditos *reais sôbre imóveis*, permanecem bens móveis, razão por que a pretensão à prestação do imóvel é bem móvel (*aliter*, o direito à reivindicação, a pretensão e ação reivindicatória). O art. 48, II, sofre a limitação que deriva do art. 44, I, uma vez que não só as ações *reais* são ações que asseguram direitos reais. Não é bem móvel, por exemplo, a ação de resolução do contrato de compra-e-venda do imóvel, ou outro semelhante, pôsto que se trate de ação que se refere a direito de obrigações.

3. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. – Os materiais destinados à construção, *ea quae parata sunt ut imponantur*, não são, ainda, parte integrante do imóvel, portanto *non sunt aedificii*, não são do edifício (L. 17, § 10, *in fine*, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1). É interessante observar-se que o compilador da L. 17, § 10, primeiro falou de não perder a qualidade de parte integrante do edifício o que dêle se retira para se repor; depois, de não ser parte integrante do edifício o que está preparado para se lhe inserir (Ea, quae ex aedificio detracta sunt ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata sunt ut imponantur, non sunt aedificii). Essa lição de ULPIANO ressalta no art. 49: "Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio". Demolição parcial, ou total, sem que haja o intuito de os repor; porque, se o há, rege, então, o art. 46, concernente aos imóveis.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 125. B – Doutrina

O art. 44 do CC/1916 que tratava dos bens móveis tem sua correspondência no art. 82 do CC/2002. A doutrina mantém, conforme a classificação do Código Civil, três categorias de bens móveis: por natureza, por antecipação e por determinação da lei.

O art. 48, I e II, do CC/1916 que tratava dos bens móveis considerados para os quesitos legais, encontram correspondência no art. 83 do CC/2002 que con-

sidera móveis por determinação legal: "II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações".

O direito moderno "reconhece a categoria dos móveis por antecipação. São bens que incorporados ao solo, destinam-se à separação e serão convertidos em móveis, como é o caso de árvores que se converteram em lenha, ou da venda de uma casa para demolição". Diante de sua peculiaridade atribui-se-lhes a qualidade de coisas móveis (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 301).

§ 126. COISAS DIVISÍVEIS E COISAS INDIVISÍVEIS

1. CONCEITOS. – A determinação do que é divisível e do que é indivisível pertence à técnica jurídica legislativa. No resolver o problema, os legisladores são levados por suas convicções filosóficas e, no fundo, por suas cargas psicanalíticas. A idéia da coisa e o seu todo corpóreo exercem, aí, o papel de ingredientes que se dosam: ora só se atende, ou se atende mais ao que é divisível quanto à idéia, ora quanto à consistência física. Para PLATÃO e platônicos, dividir é dividir a idéia: a idéia há de ser divisível para que os corpos o sejam. É o caso de QUINTO MÚCIO CÉVOLA (L. 25, § 1, D., *de verborum significatione*, 50, 16). A teoria da divisibilidade de ARISTÓTELES atendia ao divisível por natureza (ouro, prata, terra, chumbo, ferro; carne, ossos, cabelos, madeira, fôlhas) e ao divisível por partes desiguais (cabeça, pés, mãos e pernas, braços, tronco). A concepção de TEOFRASTO frisa que a idéia, o conceito da coisa, é que prima.

As estradas de ferro e as linhas de bondes são coisas indivisíveis. Não se pode penhorar parte da estrada, ou linha (Supremo Tribunal Federal, 8 de junho de 1938, *A. J.*, 50, 210).

O Supremo Tribunal Federal, a 4 de janeiro de 1939 (*R. dos T.*, 124, 737), cometeu grave êrro de direito ao dizer que o condômino, se é divisível a coisa, pode dar em garantia a parte que tenha, e só a respeito dessa parte há a indivisibilidade da hipoteca. Se há condomínio, há indivisão; na comunhão *pro diviso*, não há condomínio, salvo do solo, mas há comunhão. A divisibilidade da coisa não a faz desde logo dividida. O relator do acórdão confundiu divisão e divisibilidade, que apenas é possibilidade de divisão. Ninguém que seja condômino pode hipotecar parte divisa, que ain-

da não existe; pode hipotecar parte indivisa, como pode aliená-la (art. 623, III). Na comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, ou qualquer outra, a parte divisa pode ser alienada ou dada em garantia, com a implícita alienação ou dação em garantia do que seja indiviso (alienação ou gravame do diviso + alienação ou gravame do indiviso).

2. A DEFINIÇÃO DO CÓDIGO CIVIL. – No Código Civil, define o art. 52: "Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito". No art. 53, acentua-se: "São indivisíveis: I. Os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância. II. Os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes". Nenhuma alusão ao valor. A *natura* ("substância", art. 53, I), o "todo", em que se torna, ou já era, a porção, é o que importa. A base filosófica está em QUINTO MÚCIO CÉVOLA. PAULO soube contrastar aos dois juristas, QUINTO MÚCIO CÉVOLA e SÉRVIO SULPÍCIO, diante da mediocridade fecunda do último.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 126. B – Doutrina

Os arts. 86 e 87 do CC/2002 atualizam os arts. 51 e 52 do CC/1916. Em conformidade com o art. 87 do CC/2002: "Bens divisíveis são os que podem fracionar sem alteração, na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam", vindo o art. 88 do CC/2002 a dispor que os "bens naturalmente divisíveis podem, tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes".

De acordo com a nova sistemática pode-se dizer, com mais clareza, que num condomínio *pro indiviso*, a coisa pode ser dividida em partes ideais entre os condôminos, permanecendo o condomínio entre eles.

§ 127. PARTES INTEGRANTES

1. CONCEITO DE PARTE INTEGRANTE. – Chamam-se partes integrantes as partes concretas que entram na unidade que faz a coisa. Se não podem ser separadas, sem que, com isso, se deteriorem as outras, ou

elas-mesmas, ou sem que modifiquem em sua natureza aquelas, ou essas, dizem-se *essenciais*. Não podem ser objeto de relações jurídicas distintas ou de direitos distintos: são objeto, se o são *com* as outras; *sem* as outras, de modo nenhum. Isso não justifica que se defina a parte integrante essencial como a que não pode ser objeto de relação de direito, ou de direito, em separado. Há partes que não podem ser objeto, em separado, sem que sejam essenciais.

A distinção entre partes integrantes essenciais e partes integrantes não-essenciais não é sòmente econômica; é jurídica. A concepção do tráfico exerce papel de relêvo. Diz-se que, se a coisa é uma só, só tem partes integrantes essenciais (W. WIDMANN, *Der Begriff des wesentlichen Bestandteils*, 15).

Mas esquece aos que assim pensam que a unidade raspa diferença entre coisas, que antes poderiam ser sós, pela intensidade da junção das partes, da adesão e coesão delas. A máquina é unidade; cada parte dela lhe é essencial; mas vendem-se peças. Isso impede que se lhe mude, com a perda da parte integrante, a natureza. Ao solo pode-se destruir o edifício e sôbre êle construir-se outro e o edifício é parte integrante. O conceito de parte integrante essencial é independente da unidade da coisa, e não depende só, e sempre, da concepção do tráfico. Se a parte integrante, desaparecendo, ou sendo sacrificada, tira à coisa o seu interêsse econômico, é essencial. Se, com isso, não se destrói a coisa, nem se lhe muda a natureza, a parte integrante é inessencial.

Os direitos reais de que é titular todo proprietário de imóvel são parte integrante dêle; entendem que os outros direitos, que não podem ter essa titularidade "fungível" não no são, muitos autores, inclusive W. UMRATH (*Der Begriff des wesentlichen Bestandteils*, 45), ao passo que outros o admitem. Mas a primeira opinião é que é a certa.

2. COISA E PARTE INTEGRANTE. – Sòmente coisa ("coisa corpórea") pode ter parte integrante. Direitos não têm partes integrantes, no sentido que aqui se emprega. Se a unidade da coisa é só econômica, não há falar-se de parte integrante. É preciso que a unidade das coisas compostas chegue a ser tal que faça surgir unidade corporal, reconhecida pelo tráfico. Por outro lado, sòmente coisa (corpórea) pode ser parte integrante. Não basta que exista certa relação espacial (*aliter*, para haver pertença); é preciso que se dê conexão física ou mecânica, ou justaposição corporal imediata (*e. g.*, anel e pedras); porém a firmeza não é de exigir-se, nem o colamento.

3. TODO E CONCEITO DE TODO. – O que decide quanto a haver, ou não, o todo, a unidade da coisa, são o nosso conceito, segundo o tráfico, e as relações inter-humanas, no círculo social em que se considera a coisa, sem se abstrair das circunstâncias, que podem influir. Se a concepção vigente não tem as "coisas" como partes integrantes, não há partes integrantes, mas coisas distintas. O juiz tem de apreciar cada caso (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 184), atendendo aos arts. 259-262 do Código de Processo Civil. As coisas que foram unidas ao terreno, ou ao edifício, com intuito temporário, não são partes integrantes. O art. 43 diz: "São bens imóveis: III. Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade". O emprêgo há de ser permanente, para o *usus perpetuus* do imóvel. O que se uniu para algum tempo não se fêz parte integrante. Os direitos reais a favor do imóvel são parte integrante dêle. Essas regras jurídicas, extraídas do sistema do Código Civil, são regras jurídicas *cogentes* (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 189; E. HEILBORN, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung*, 117 O. LENEL, Gutachten, *Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentags*, III, 1, nota 2; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 268; sem razão F. AFFOLTER, Der körperliche Gegenstand, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12, 934 discutido, com finura, pelo juiz HOYER, Wesentliche Bestandteile, 12, 1368 s.). A conexão corporal é dispensada, se, no registo da fazenda, ou do engenho, ou da usina, ou outra propriedade territorial (registo de imóveis), foi transcrito o título de aquisição de terreno como parte integrante daquela propriedade, embora não limítrofe (*aliter*, se do registo consta como pertença). A separação ocasional, ou temporária, não exclui haver parte integrante.

4. PRODUTOS DO PRÉDIO. – Os produtos do prédio são partes integrantes (essenciais) dêle, enquanto não se separam. No art. 43, diz-se que: "São bens imóveis: I. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências materiais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo". Em têrmos técnicos, são partes integrantes do imóvel a superfície, as acessões e os produtos dêle, o espaço aéreo e o subsolo. Frutos pendentes são os frutos *antes* da separação. São êles partes integrantes. Está-se em pleno mundo fáctico: alude-se, no máximo, a coisa *futura*.

5. INCORPORAÇÃO PERMANENTE AO SOLO. – O que se incorporou ao solo, permanentemente, é parte integrante (art. 43: "São bens imóveis: II. Tudo quanto o homem incorporou permanentemente ao solo, como a se-

mente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano"). Não é preciso, portanto, que germinem as sementes, ou as plantas em galho tomem raízes; basta a semeadura, ou a plantação. Daí resulta que, *em princípio*, não é possível transmissão da propriedade dos frutos pendentes, das sementes e das plantações sem a transmissão do imóvel; pôsto que se possa, no plano do direito das obrigações, prometer a transmissão dos frutos pendentes, ou das sementes, ou plantações, a certo tempo, ou quando o entenda o outorgado, inclusive é permitida a promessa de transmissão, com o acôrdo de transmissão para quando se der a separação. Então, ocorrendo essa, o outorgado recebe a propriedade dos frutos, ou das plantas, se está de posse do imóvel (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 193).

Quando o art. 43, I, diz que as árvores são partes integrantes do solo, não estabelece que a integração não possa cessar. Cessa desde que se corta a árvore, sem ser para se inserir, de nôvo, no prédio. Se a árvore foi cortada para se fazer a cerca, enquanto não cessa essa destinação interior ao imóvel, continua de ser parte integrante. Dá-se o mesmo com as terras que são transportadas em carros, ou em barcos, para barragens de rios do imóvel. Ou com as pedras com que se vai fazer o alicerce da casa. Por outro lado, pode ser prevista a desdestinação de parte integrante, se ela não é essencial. O contrato, em que se permite a alguém cortar as árvores, estabelece que a separação da parte integrante *ocorrerá* ao tempo do contrato. Se, com isso, se atribui posse ao outro contraente, é questão que não interessa à Parte Geral do direito privado. Uma vez que a separação tem de ser no mundo fáctico. Seja como fôr, o contrato de compra-e-venda de árvores, seja para lenha, seja para indústrias de madeiras, ou qualquer outra utilidade econômica, ou é puro contrato consensual de compra-e-venda do bem. a ser independentizado como coisa móvel, ou é acompanhado de transmissão de posse imediata, para o fim do corte, de modo que não há pensar-se em contrato que tenha de observar o art. 134, II, por versar sôbre imóvel. Em conseqüência disso, a extração de madeira pode ser prometida sem a autorização judicial exigida à alienação de bens imóveis pertencentes a incapazes (1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de dezembro de 1944, *R. F.*, 104, 262). Não se precisa recorrer à ficção, segundo a qual as árvores, destinadas a serem cortadas e serradas para fins industriais, se considerem bens móveis por antecipação. Tal ficção não tem base em direito; e desacertada andou a 1.ª Turma, a 18 de janeiro de 1945 (*R. dos T.*, 169, 378), quando dela lançou mão: primeiro, porque o objeto da relação jurídica obrigacional não precisa já existir ao tempo de se assumir a

obrigação; segundo, se o obrigado se recusa a cortar as árvores ou deixar que o credor as corte, nenhuma separação acontece, o que de si só bastaria para se ver quão atècnicamente se pensou em ficção. A árvore, como o fruto, como o barro, ou a pedra, ou qualquer outro produto ou parte integrante do solo, sòmente se torna *res* quando separada. Se o alienante da árvore dá poder para entrada no imóvel e para o corte da árvore, nem por isso torna móvel, desde logo, a árvore, de jeito que a mobilização por antecipação aberra dos princípios, afeando alguns acórdãos, nos quais ressalta a confusão entre obrigação de prestar a árvore, acôrdo sôbre posse, permissão de corte e direito real sôbre coisa futura. A eficácia real só se dá quando a árvore está cortada e na posse do adquirente. São exemplos de decisões que incidem em tal confusão o acórdão da 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 5 de setembro de 1941 (*B. J.*, 23, 311), o da 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 19 de outubro de 1942 (*R. dos T.*, 155, 771), e o da 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 27 de maio de 1947 (*J.*, 29, 394). O contrato não precisa ser por escritura pública, nem, de regra, o poder para contratar sôbre árvores precisa de assentimento do outro cônjuge, ou de autorização judicial; porém tal proposição não é *a priori*, como pode parecer da leitura dos acórdãos da 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944 (*R. dos T.*, 155, 668), e da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 19 de abril de 1949 (*Paraná J.*, 50, 25). Pode acontecer que se trate de parque de embelezamento, ou de terreno de casa de morada, ou de imóvel excepcionalmente valorizado pela existência de árvores velhas, de modo que se não possa proceder à desdestinação, sem se atingir o próprio imóvel. Então, o ato não entra na classe dos atos de administração dos imóveis, e de modo nenhum se poderia dispensar o assentimento do outro cônjuge, ou de autorização judicial. Cumpre observar-se que o contrato, que não conste do registo de imóveis, pode ser oposto ao adquirente da propriedade, se a separação da árvore ainda não ocorreu. A 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de outubro de 1940 (*R. dos T.*, 131, 632), disse que a venda de árvores não pode ser transcrita, mas esqueceu-lhe o art. 285 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, onde se diz que se hão de averbar, à margem das respectivas transcrições, a edificação, a reconstrução, o desmembramento, a demolição, ou quaisquer outras circunstâncias que, por qualquer modo, afetem o registo ou as pessoas nêle interessadas. Quem deseja que o seu contrato sôbre árvores, a serem separadas, tenha eficácia perante o adquirente da propriedade imóvel, tem de obter essa averbação.

O art. 43, II, fala de "tudo que o *homem* incorpora permanentemente ao solo"; isso não quer dizer que só seja parte integrante do imóvel o que o homem incorpora ao imóvel. O art. 43, I, já se referira às acessões e às árvores: a semente, que o vento, o pássaro, ou outro animal, ou homem jogou à terra, e lá está, é parte do imóvel (cf. arts. 545-549). Não importa se germinou, ou não, a semente, ou se logrou raízes a plantação (J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 386): se morreu a planta, é parte integrante do solo a madeira, com as fôlhas. Plantas que sòmente se incorporaram ao solo para fins transitórios não são partes integrantes; *e. g.*, palmeiras para cercar partes dos fundos durante festa, plantas da estufa para adorno substituível da casa, plantas raras que precisam de canteiro estrumado (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 129). As pedras, a turfa, o barro e a areia são partes integrantes (essenciais) do imóvel. Se o dono as separa, ou dá a posse, com a permissão de as separar, a separação torna-as coisas à parte. A permissão de separar sem a posse, ou sem a execução da separação, não as independentiza. Se houve permissão e posse, mas o dono, depois, se opôs à separação, há infração do negócio jurídico em que se permitiu a separação e turbação ou esbulho da posse; não há direito real à separação. As fontes são partes integrantes essenciais.

Sôbre a questão de ser parte integrante ou não a máquina que se acha na fábrica, – o princípio de que sòmente há partes integrantes de coisas exclui que se possa pensar em parte integrante de direito: a máquina ou é parte integrante do prédio da fábrica (A. WIEDNER, Gutachten, 97 s.; E. HEILBORN, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung*, 49 s. e 88 s.; P. SOKOLOVSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 386), ou é pertença da fábrica, ou é coisa, sem ser, sequer, pertença. A máquina, para ser uma das coisas da fábrica, tem de ser parte integrante ou pertença do terreno, ou de parte integrante dêle (edifício), ou ser parte integrante ou pertença de outras máquinas. A máquina é parte integrante essencial se, retirando-se, se sacrifica a outra parte integrante, ou ela se sacrifica, como se o edifício foi construído para a máquina, ou para a maquinaria, ou se a máquina ou a maquinaria foi construída para o edifício, ou circunstâncias do terreno. Não basta para que a máquina seja parte integrante que sirva ao fim industrial da fábrica, ou emprêsa. Os veículos, automóveis, carros, bicicletas e caminhões não são partes integrantes; nem a máquina de lavar posta em residência, nem os candelabros que não sejam peças fixadas permanentemente.

O que se uniu ao imóvel é parte integrante; ou apenas pertença do imóvel, ainda que se trate da casa, se o fim foi *temporário*. A permanência

do fim a que se refere o art. 43, II (*verbis* "incorpora permanentemente ao solo"), é que faz a acessão. Aqui, houve a contradição entre o direito romano e o germânico (cf. H. G. SCHMIEL, *Die Arten und die rechtliche Stellung der Sachen des § 95*, 2; K. HEROLD, *Die Sachen des § 95 BGB.*, 3 s.; F. SCHÄTZKE, *Sind Fabrikenmaschinen Zubehör der Fabrikgrundstükke?*, 16). O art. 43, II, refere-se à semente, às construções e aos edifícios, exemplificativamente, no que revela mais acerto que o § 95 do Código Civil alemão, onde a expressão "coisas" deixou dúvidas. Canalizações, lanternas, telefones e telégrafos, cocheiras, garagens, estátuas, tudo isso passa a pertencer ao imóvel, se definitivamente (= permanentemente) unida a êle (F. PAECH, *Bestandteile und Zubehör*, 22; C. CROME, *System*, I, 280). Não, se só temporàriamente, ainda que alguém as una em virtude de direito pessoal, como o locatário (sem razão, K. SANTZ, *Bestandteile einer Sache und Zubehör*, 31, e K. HIRSCHLAND, *Bestandteil einer Sache*, 28, que então só vêem o fim permanente). O que mais importa é a concepção do tráfico, com a qual não se deve pôr em contradição a temporariedade (H. TOBIAS, Eingentumserwerb durch Verbindung, *Archiv für die civilistiche Praxis*, 94, 408); sem se falar do direito administrativo, que pode conceber o fim como permanente (K. HEROLD, *Die Sachen des § 95 BGB.*, 32). Se não há incorporação, não se precisa discutir permanência, ou não, do fim (cf. BRAENDLE, *Die scheinbaren Grundstücksbestandteile*, 8 s.).

6. COISAS EM PAR. – As coisas em par são partes integrantes essenciais (par de sapatos, par de jarros, par de espadas, livro em dois volumes) e outras coisas-conjunto (Mengesachen), como o baralho, o jôgo de xadrez; salvo se a falta de muitas peças quebrou a unidade. Sempre que se necessita de uma coisa para se completar outra, aquela é parte integrante (E. HEILBORN, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung*, 49 s., 121 s.); mas a peça que serve a *outro* uso da coisa não é parte integrante (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 184). O vaso e as flôres não são partes integrantes, nem os cigarros e a cigarreira, nem o tanque de petróleo e o terreno, nem o título ao portador e os "seus" cupões de juros, nem o caderno (talão) de cupões de juros e cada cupão, ainda que não se conservem pegados (R. SOHM, *Des Gegenstand*, 17, nota 6; sem razão, J. BINDER, Vermögensrecht und Gegenstand, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 225; E. HEILBORN, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung*, 94).

7. PARTES INTEGRANTES E COISAS SIMPLES. – Se bem que o conceito de partes integrantes tenha maior relevância quando se está diante de

coisas compostas (art. 54, pr., *verbis* "simples ou compostas"), tem êle o mesmo cabimento se se trata de partes integrantes de coisas simples. A determinação do conceito é dado pela concepção do tráfico, mas pode resultar de concepção de certo círculo de interessados. Quando a doutrina alude a não poderem ser separadas sem dano para as outras, ou para elas, ou poderem ser separadas, sem dano, para aquelas ou para essas, é porque está atenta ao conceito da coisa e a sua modificabilidade, ou imodificabilidade, pela separação.

8. PARTE INTEGRANTE ESSENCIAL E NATUREZA DA COISA. – O dizer-se essencial a parte integrante de modo nenhum significa que a falta da parte integrante essencial atinja a natureza, a essência da coisa, o que seria extemporânea influência platônica. Apenas exprime que a parte integrante não pode ser separada sem sacrifício da outra, ou das outras, ou dela mesma (sôbre isso, O. LENEL, Das Wesen des Wesens, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12, 509-512. O. WENDT, Wie etwas heisst und was es ist!, *Archiv für die civilistische Praxis*, 103, 431 s.); ou lhe altera a natureza, que o tráfico lhe atribui. O sacrifício da parte integrante que se destaca pode consistir na diminuição do valor que ela tinha quando parte (O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, 42; sem razão, O. LENEL, Bestandteil oder Zubehör?, *Das Recht*, 11, 45 s.) e não só na diminuição do seu valor antes da conexão (opinião que fôra, a princípio, a de P. OERTMANN, Eigentumsvorbehalt an Machinen, *Das Recht*, 10, 1120). As telhas são parte integrante essencial do prédio, e nada têm, de ordinário, com a natureza dêle. No fundo, o que faz a essencialidade da parte integrante é a conseqüência, que teria, a sua separação; mas, em verdade, não se poderiam definir por isso e dizerem-se partes integrantes as não-suscetíveis de direitos separados (sem razão, a respeito, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, *I*, 30.ª-34.ª ed., 299).

À eventual destruição, para que baste a tornar essencial a parte integrante, é preciso que, com a separação, atinja a uma das partes integrantes. Por outro lado, a alteração essencial é aquela que atinge a parte integrante, que se separa, ou àquela de que ela se separa. Uma há de ficar sacrificada, para que se tenha por essencial a parte integrante. A máquina de linotipia, ou de monotipia, não é parte essencial do edifício; pode ser substituída, à vontade. Pode-se dizer que os edifícios também são substituíveis; mas, a respeito dêles, das plantas e das próprias sementes não germinadas, ou dos galhos não enraizados, há regras jurídicas especiais (art. 43, I-II). O legislador atendeu, no redigi-las, a considerações de gastos em que importariam

as substituições. As coisas empregadas na construção do edifício são partes integrantes dêsse, essenciais, e, pois, do prédio. Aliás, o art. 43, III, alcança aquelas espécies em que não se precisa da fixação pela conexão corporal, ou, sequer, embute, ou a inserção; razão por que a estátua aparafusada pode ser parte integrante essencial, assim em direito brasileiro (art. 43, III) como em direito alemão (sem razão, aí, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 301). Ao revés, as persianas, que, de ordinário, são partes integrantes essenciais, excepcionalmente não no são (*e. g.*, raridade oriental que o proprietário aparafusou para o tempo em que ali estivesse o seu mobiliário oriental). Deve-se evitar chamar a essas falsas partes integrantes partes integrantes aparentes, como faz, *e. g.*, HANS CARL NIPPERDEY (em L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 39.ª ed., § 118, n. 3). A árvore, que o chacareiro plantou, para aguardar os fregueses, não é parte integrante do terreno, não a adquire o proprietário (arts. 43, III, e 545). O roseiral, que o locatário ou o proprietário mesmo plantou, não é acessão do solo, não se faz, portanto, parte integrante do terreno: os arts. 546-549 não incidem; e sim o arg. a contrário ao art. 43, III. Se a coisa foi intencionalmente pregada ao solo, mas adquirida com reserva de domínio, no dia da aquisição do domínio satisfaz-se o segundo requisito do art. 43, III. Se não cabia, legalmente, a reserva de domínio, o dono da coisa a perde com a fixação.

Se o possuidor não é o proprietário do prédio (usufrutuário, usuário, titular do direito de habitação, ou da servidão), as construções e as obras, que fizer, não se fazem, *sempre*, parte integrante do prédio, nem há, portanto, *sempre*, a pretensão à indenização. As falsas partes integrantes não se podem tratar como imóveis, invocando-se o art. 43 (sem razão, HERBERT MAYER, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks, *Festgäbe für* FELIX DAHN, 269 s.); ou o são, por si mesmas, ou são bens móveis, podendo ser, sempre, objeto de direito em separado, de penhora e de medidas de segurança (*e. g.*, arresto, seqüestro).

A parte integrante essencial não pode ser objeto de direito real em separado. Se a pretensão de direito das obrigações pode se referir a ela, é porque só mediatamente a tem em mira. Os direitos reais que apanham o bem, de que algo é parte integrante essencial, também a apanha, como parte do todo. Se a essencialização foi sem permissão do dono do que se fêz parte integrante essencial, há, para o dono, a pretensão por enriquecimento injustificado (arts. 964-971, 546-549), ou a pretensão de indenização por ato ilícito (arts. 159 e 150), ou o *ius tollendi*, se há regra jurídica a respeito (*e. g.*, arts. 516 e 517), ou a pretensão derivada do mandato (art. 1.288 s.),

ou da gestão de negócios (arts. 1.331-1.345). Se negócio jurídico júri-real tem por objeto a parte integrante essencial, inclusive quanto a reserva de domínio, é *nulo* (L. ENNECERUS, I, 304, di-lo ineficaz). Os negócios jurídicos obrigacionais são permitidos. É válida a compra-e-venda de frutos pendentes, o arrendamento do andar, de uma, duas ou mais peças da casa, ou o arrendamento do jardim sem a casa, ou da casa sem o jardim, a compra da casa para ser demolida. O direito real é que se não pode estabelecer.

9. PLANTAÇÕES E SEMENTEIRAS. – Cumpre não se perder de vista que: *a*) o Código Civil, a respeito de plantações e sementeiras, abstrai do enraizamento e da germinação para que as árvores, plantas e sementes passem a ser partes integrantes essenciais; *b*) não há revivescência da propriedade dos materiais, que uma vez se fizeram parte integrante essencial, – a propriedade, se era de outrem, perde-se definitivamente; *c*) o Código Civil admite posse da parte integrante essencial, em separado (*e. g.*, posse do corredor, posse do muro alugado para cartazes, posse da cacimba, ou do encanamento). As partes integrantes essenciais podem ser objeto de promessas; portanto, de negócios jurídicos obrigacionais, unilaterais ou bilaterais (F. BUNSEN, Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 29, 11 s.). O exemplo mais típico é a venda da cana de açúcar a cortar-se, ou da colheita de café, ou a venda da madeira a ser derrubada. Se o obrigado não cumpre a promessa, que é de cortar ou de deixar cortar, cabe o preceito cominatório do art. 302, XII, ou a ação de condenação, com a execução segundo os arts. 998-1.005 e 1.007 do Código de Processo Civil. O comprador de colheitas a serem feitas, ou outros frutos pendentes, não tem embargos de terceiro contra os que os arrestem, seqüestrem ou penhorem (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 188). Uma das conseqüências da conexão corporal, com os demais pressupostos para a integração da coisa como parte integrante de outra (= para que uma coisa se torne parte integrante de outra), é a de perder a propriedade da coisa essencialmente "parcializada" aquêle que dela é dono. Por isso mesmo, em princípio, a reserva de domínio da parte integrante essencial é impossível. Se houve negócio jurídico a êsse propósito, o alienante-reservante não tem ação para haver a coisa parcializada, e sim apenas a ação pessoal para que se retire e se lhe entregue tal parte (sem razão, P. KRÜCKMANN (*Wesentlicher Bestandteil und Eingentumsvorbehalt*, 34).

10. PARTES INTEGRANTES NÃO-ESSENCIAIS. – As partes integrantes não-essenciais comparticipam do destino jurídico comum da coisa; não

estão, *in concreto*, irremissìvelmente ligadas a êsse destino (seriam partes integrantes essenciais), nem uma ajudaria ao destino da outra (seria pertença). Quinze metros por trinta do terreno de quarenta e cinco por trinta são parte integrante não-essencial. O corte de pano para terno de roupa é parte integrante não-essencial da peça, ou do fardo. O caixilho ou moldura é parte integrante não-essencial da tela (quadro, diz-se). A pedra é parte integrante não-essencial do anel. A planta e o vaso, a roda e o automóvel, a roda e o carro (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 258; CARL CROME, *System*, I, 278, nota 9; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 187; contra, J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 468, e E. STROHAL, Der Sachbesitz nach dem BGB., *Jherings Jahrbücher*, 38), devendo-se atender, porém, a que se pode dar essencialização pela insubstituibilidade, são partes integrantes não-essenciais; bem assim estacas, sebes, latadas e pérgulas de algum imóvel.

Há certa tendência, no se considerarem as partes integrantes, para se saber se são essenciais, ou não, a abstrair-se das circunstâncias, e a terem-se como de uma classe sempre. Essa atitude é errada e levou alguns a se insurgirem contra o conceito de partes integrantes não-essenciais. A integração da coisa como parte não-essencial de outra tem a conseqüência de se lhe perder a propriedade. A alienação e a oneração apanham a parte integrante não-essencial, e não só a parte integrante essencial (cf. art. 811). Apenas, pois que é possível tornar-se objeto de direito, em separado, a parte integrante não-essencial, essa inserção no destino da outra coisa pode ser pré-elidida, ou elidida; e, assim sendo, a alienação, ou oneração, pelo que não tem poder de alienar, ou de onerar, é *nula*, e a promessa de alienar ou de onerar *ineficaz*. Aqui, é de tôda conveniência admitir-se que a obrigação de alienar ou onerar a coisa, ainda que a parte integrante não-essencial seja de outrem que não o alienante, importa em obrigação de alienar ou onerar a coisa com essa parte. Há, aí, promessa de alienação ou oneração de coisa alheia (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 190); e a abrangência das partes integrantes não-essenciais é resultado do princípio (*dispositivo*) da inclusão da parte no todo, que se extrai do art. 43 e, por argumento *a fortiori*, do art. 59. A respeito das partes integrantes essenciais, o princípio é *cogente*. Se alguma coisa se conexa a outra, fazendo-se parte integrante, sem se tornar parte integrante essencial, os direitos que antes existiam sôbre ela persistem e há pretensão e ação para a separação (cf. arts. 611-617). Os direitos sôbre a coisa que se parcializou não-essencialmente podem

ser transferidos e transmitem-se *mortis causa*, segundo os princípios concernentes à transferência e à transmissão *mortis causa* dos bens móveis, exceto se se trata de terreno.

Discutiu-se se sôbre as partes integrantes não-essenciais se podem constituir direitos, entre a parcialização e a separação. A resposta é pela afirmativa (TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 697; sem razão, J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, 389, nota 28). Por isso mesmo, podem ser arrestadas, seqüestradas e penhoradas, com ou sem a coisa tôda (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 190, que repeliu, com razão, a opinião de P. OERTMANN, para quem só se poderia arrestar, seqüestrar ou penhorar a coisa tôda, ou a pretensão do dono à restituição da parte integrante não-essencial).

As partes integrantes não-essenciais podem ser objeto de direito separadamente. Existe a regra jurídica de que os negócios jurídicos sôbre a coisa abrangem as partes integrantes não-essenciais. Não se precisa, para a justificar, de se pensar em presumida vontade dos figurantes; a situação de parte integrante, ainda não-essencial, basta para que se tenha de conceber o princípio. Para que a regra jurídica (*princípio da com-sorte das partes integrantes*, que abrange as essenciais e as não-essenciais, mas faz-se dispositivo a respeito dessas) não incida, é preciso que se haja estabelecido o contrário, seja obrigacional seja júri-real o negócio jurídico; *e. g.*, posso hipotecar dez por cinqüenta metros, à direita ou à esquerda, ou no meio, do terreno A, de trinta por cinqüenta metros, que adquiri e consta do registo (desintegrei o terreno A), ou vender a moldura sem o quadro (que alugo, ou empresto), ou vice-versa.

11. DIREITOS REAIS. – Alguns direitos reais são partes integrantes da coisa. Não se podem separar, sem as conseqüências típicas; sendo essenciais, não é possível a alienação dêles, ou a sua oneração, sem a coisa: seria *nulo* (art. 145, II, *verbo* "impossível") o acôrdo de transmissão. Para que o direito real seja considerado parte integrante essencial basta que, sem êle, se sacrifique, em parte, a coisa, ou êle-mesmo; não é preciso que a parte se extinga (sem razão, PAUL KRUCKMANN, Zum Streit um den Eigentumsvorbehalt an Maschinen, *Juristiche Wochenschrift*, 57, 677). Tais são as servidões, a habitação ou a renda constituída a favor de quem seja o proprietário de um imóvel (arts. 749-754). Se o direito é parte integrante essencial, ou se não é, resolve-se pelo exame *in casu*.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 127. B – Doutrina

Neste parágrafo, Pontes de Miranda discorre sobre as "partes concretas que entram na unidade que faz a coisa" (§ 127, 1).

Isto é, partes que não podem ser separadas, sem que se destruam, ou haja modificação de sua natureza. São partes que compõem o todo. Algumas são essenciais e outras não o são. A distinção entre elas "não é somente econômica; é jurídica" (§ 127, 1). Somente a coisa (coisa corpórea) pode ser parte integrante. Pontes de Miranda cita o art. 43, I do CC/1916 que tem sua correspondência no art. 79 do CC/2002: "São bens móveis o solo e tudo que se lhe incorporar natural ou artificialmente".

Portanto, continuam presentes todas as considerações que Pontes de Miranda desenvolve neste parágrafo a respeito das partes integrantes da coisa, em toda a sua extensão.

§ 128. PARTES INTEGRANTES ESSENCIAIS DO IMÓVEL

1. O ART. 43, I e II. – O art. 43, I e II, apanha tudo que, por fôrça da natureza, se parcializa (= se faz parte integrante essencial da coisa imóvel), ou que se parcializa por ato humano. Quanto àquelas partes, diz o art. 43: "São bens imóveis" (entenda-se são partes integrantes essenciais do imóvel): "I. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo". Quanto a essas, acrescenta: "II. Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano". Noutros têrmos: são partes integrantes essenciais do imóvel as coisas ligadas ao terreno, por fôrça natural, ou por ato humano, com fim permanente (= fim não-temporário).

2. PARCIALIZAÇÃO, SEGUNDO O ART. 43, I. – Para que as coisas se parcializem segundo o art. 43, I, não se precisa de invocar a concepção do tráfico, nem provar que houve intenção de parcializá-las. Em todo o caso, cabe ao outro interessado alegar e provar que a coisa é extra-comércio.

Exclui-se da regra jurídica da parcialização essencial o terreno que se adiciona. Dois terrenos, juntos, não se fazem partes integrantes essenciais um do outro. São partes integrantes não-essenciais; salvo se há regra jurídica especial que essencialize algumas frações, pela exigência do tamanho mínimo. Por exemplo: só se admitem em certa circunscrição, ou cidade, terrenos de dez por trinta metros e o proprietário do terreno de oito por trinta adquiriu terreno de dez por trinta, limítrofe; em conseqüência sòmente pode alienar, depois, os dezoito metros por trinta, e não mais os dez; deu-se a parcialização essencial.

O fato de ter registado como parte integrante de outro terreno o terreno que se adquiriu não o torna parte integrante essencial. Assim, se o proprietário do terreno de oito por trinta adquiriu doze metros por trinta, para satisfazer a *lex specialis*, ainda declarando a sua vontade de torná-los um só, com isso não lhe ficaria vedado alienar, depois, dez metros por trinta.

Se a acessão se deu, ou, em geral, a união, a que se alude no art. 43, I, é *questão de fato*, que se resolve segundo a concepção da vida, rente aos fatos. O Código Civil evitou falar, a respeito das coisas parcializadas do art. 53, I, em dificuldade ou impossibilidade de separação (*aliter*, art. 43, II). Daí havermos de tirar que não é pressuposto necessário, tratando-se de coisas parcializáveis segundo o art. 43, I, que a separação (ou retirada) só se possa dar com "destruição, modificação, fratura, ou dano". Às vêzes, em caso de avulsão, a retirada é impossível, ou não é conveniente (arts. 541 e 542), e então há direito formativo gerador à aquisição da propriedade (art. 541, *verbo* "opção").

3. PARCIALIZAÇÃO SEGUNDO O ART. 43, II. – Quanto às coisas a que se refere o art. 43, II, sementes, plantações, construções, o dono do terreno parcializa-as essencialmente, ainda que pertençam a outrem as sementes, plantas, ou materiais; e a parcialização essencial ocorre ainda que tenha sido outrem quem semeou, plantou, ou construiu, ou que o proprietário prefira que aquêle que, de má fé, semeou, plantou, ou construíu, reponha as coisas no estado anterior (art. 547, 2.ª parte). As partes integrantes essenciais do edifício são também partes integrantes essenciais do terreno. Tem-se, porém, de atender a que, se, nos arts. 546-549, não se alude à inseparabilidade sem dano (salvo para a reposição no estado anterior, conforme o art. 547, 2.ª parte), se refere o art. 43, II, à irretirabilidade sem destruição, modificação, fratura, ou dano. *A aquisição só se dá se a parcialização se deu.* Os arts. 546-549 dependem do art. 43, II. O problema

da retirada pelo ex-dono da coisa não se põe: o que se põe é o da reposição no estado anterior, a favor do proprietário do terreno (art. 547, 2.ª parte). Se a mesma coisa se ligou a dois ou mais terrenos (ou edifícios), fêz-se parte integrante essencial de cada um, por partes reais; e aqui não importa saber-se se rege o art. 43, I, ou o art. 43, II. Por outro lado, se se divide o terreno em dois ou mais, cada parte real desparcializada (= tornada coisa à parte) tem consigo as suas partes integrantes essenciais (acessões, sementes, plantas, construções). Se o edifício, por exemplo, foi construído por terceiro, ou pelo dono de um dos terrenos em dois terrenos, de diferentes donos, é parte integrante de cada dêles pelos limites: cada proprietário é dono exclusivo da parte real, que lhe corresponde. O que se torna parte integrante do edifício, sem divisão possível, é que fica em compropriedade dos dois donos do terreno. Se foram os dois que construíram, ou se deu a formação da compropriedade dos terrenos, ou não se deu. Se não se deu a compropriedade, sòmente se pode pensar em comunhão de direito das obrigações, de família ou das sucessões.

No que concerne às construções, são partes integrantes essenciais os materiais de construção (pedra, areia, cimento, cal, tijolo, telha, vigas, ferros, água, tintas, privadas, pias, banheiras e semelhantes), inclusive o que a torna própria ao uso (fios de eletricidade, canos de águas pluviais). O art. 43, III, explicitou que são partes integrantes do imóvel o que o proprietário mantém "intencionalmente" empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade; porém não excluiu a hipótese de serem elas partes integrantes não-essenciais. *De regra*, são essenciais, porque as essencializa o *fim econômico* do prédio como todo, ou outro *fim*. Não importa inquirir-se se o edifício foi feito para o fim de que se trata, ou se se mudou de fim. Importa o fim *ao tempo da parcialização essencial*. O fim tem de ser apreciado *in concreto*; nem sempre é o fim geral, típico, dos edifícios (P. OERTMANN, que, em 1906, Eigentumsvorbehalt an Machinen, *Das Recht*, 10, 1119 s., sustentara o contrário, corrigiu-se). *A fortiori*, é de repelir-se a afirmação de não se ter de levar em conta a destinação do imóvel, como pretendiam O. LENEL (Bestandteil oder Zubehör?, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11, 50 s.) e outros.

4. NATUREZA DAS REGRAS JURÍDICAS DO ART. 43, I E II. – As regras jurídicas do art. 43, I e II, são de direito cogente (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 268; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed. 189; sem razão, quanto ao art. 43, I, ou § 94 do Código Civil alemão, F. AFFOLTER, Der körperliche

Gegenstand und die Bestandteile einer Sache im BGB., *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12, 934).

5. ART. 43, III. – No art. 43, III, tem-se por partes integrantes essenciais do imóvel "tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade". Aqui, também se trata da perfeição do edifício *como tal*, do seu acabamento; e não do uso pessoal, ou do que é necessário à exploração do possuidor temporário. Se se aproveita a loja do edifício para perfumaria de luxo, fazendo-se paredes para serem envidraçadas como mostruários, o proprietário não adquire essas paredes, porque só se fizeram para serem utilizadas nesse comércio. Se não é mais possível retirá-las "sem destruição, modificação, fratura, ou dano", já não é da espécie do art. 43, III, que se há de cogitar, e sim da espécie do art. 43, II: houve a incorporação permanente. O art. 43, III, supõe destinação, especial, ou não, em que a conexão corporal se emprega. O plano mesmo do imóvel pode exigir peças de aformoseamento (frescos; estátuas, para que se fizeram nichos; tapeçarias de parede que se referem ao nome do prédio; cf. P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 377 s.; E. HEILBORN, *Die rechtgestaltende Kraft des Sachverbindung*, 102), ou de conforto, ou de eficiência industrial (poços, níveis diferentes, canalização para remessa de papéis e aparelhos de pressão de ar).

Nos edifícios de apartamentos, o que constitui o *diviso* é o apartamento. Apartamento não é só a parte divisa da construção; é a parte da construção *mais* o que se haja destinado ao uso exclusivo do apartamento. Assim, se há terreno dos fundos e não se estabeleceu que era de uso comum, mas, ao invés disso, se atribuiu a um dos apartamentos, nêle entrar-se sem permissão do dono é como entrar-se na casa sem que o dono dela permitisse. Aí, o dono do apartamento pode construir o que entenda, se não altera a estrutura exterior do edifício, nem invade o espaço aéreo que corresponde, sagital ou horizontalmente, aos outros apartamentos. O uso do terreno, que foi deixado a algum dos apartamentos, sòmente sofre a delimitação tridimensional que o ajusta ao apartamento. Não pode ir mais à esquerda, se a outra parte do terreno é de uso comum, ou de uso exclusivo de outro apartamento, integrando-o; nem mais para a direita, se há outra parte do terreno que seja de uso comum, ou de uso exclusivo de outrem; nem em profundidade, se há, por baixo da superfície do terreno, adega subterrânea comum, ou exclusiva de outro apartamento, garagem,

ou outra instalação; nem para cima, no espaço aéreo, se iria além da camada de ar correspondente a outro apartamento. O que é diviso tem-se como submetido às regras das casas; o que é indiviso, às regras do condomínio, ou da meação de peças. (Cf. Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, art. 2.°.)

No terreno de uso exclusivo, pode o dono do apartamento *construir*, exceto: *a*) se muda a forma externa da fachada, ou a distribuição interna dos compartimentos (Lei n. 5.481, art. 11, *b*); se importa em emprêgo de processo de aquecimento suscetível de ameaçar a segurança de edifício ou prejudicar-lhe a higiene e a limpeza (art. 11, *c*); se embaraça o uso dos corredores e caminhos internos, ou serve para lançar nas partes de uso comum, ou exclusivo de outros, detritos, águas ou impurezas (art. 11, *d*); se importa em coloração diferente do conjunto do edifício (art. 11, *b*); se é para enfermarias, oficinas, laboratórios, ou instalações perigosas, ou que produzem ruído incômodo (art. 11, *c*).

Se o uso do terreno é exclusivo, o uso diviso – não o terreno diviso – é parte integrante do apartamento. Nada obsta a que até à altura do que é o pé direito do apartamento, ao fundo, no meio, ou junto à terminação da construção, o dono do apartamento construa pavilhão, ou estufa para plantas, aquário, privada, banheiro de empregados, ou para banhos de mar, etc.; ou a que ladrilhe todo o terreno, ou parte, para festas, ou ponha bancos e cadeiras, fixos ou não; ou a que erga, ao centro, chafariz ou pérgula; ou a que cubra, em alpendre, ou puxado, a porta da saída, desde que não se ofenda o art. 11 da Lei n. 5.481.

O uso diviso pode ser uso-parte integrante, ou uso-servidão, ou uso-posse imediata. Se o título da propriedade do apartamento diz: "o apartamento térreo tem o uso do terreno do fundo" ou "os apartamentos térreos têm o uso do terreno do fundo, que lhes corresponde", é o mesmo como se dissesse: "o apartamento térreo compreende (ou inclui) o uso do terreno do fundo", ou "os apartamentos compreendem o terreno dos fundos que lhes corresponde". Se, em vez disso, no título se discrimina: "Apartamento térreo, com tantas salas, tantos quartos, banheiro, cozinha, terraço de serviço..., serventia da área dos fundos", há-se de entender, a despeito da expressão "serventia", que o uso da área dos fundos é parte integrante divisa do apartamento.

Não quer isso dizer que se não conceba a servidão do apartamento sôbre parte divisa ou indivisa do prédio. Trata-se de servidão se, posteriormente, a constituem os comuneiros, ou algum dêles; ou se, no próprio

título, se esclarece que se dá servidão, em lugar de se falar de "serventia", como dação de uso exclusivo, parte integrante do apartamento.

A parte integrante divisa é alienável com o apartamento, porque é um dos elementos que o compõem. No momento em que se inseriu no título a declaração de vontade de que o uso dos terrenos dos fundos, ou de parte do terreno dos fundos, seria parte integrante divisa do apartamento a que é contíguo, é o todo, e não só a parte construída, que se há de considerar apartamento. Passemos ao exemplo. A escritura diz: "sendo o apartamento localizado na parte dos fundos do edifício, dividido em entrada, sala, dois quartos, passagem, banheiro, cozinha, quarto e *w. c.* para empregado e terraço de serviço, com tanque, serventia da área nos fundos". Ter-se-ia de perguntar se tal serventia é uso-parte integrante divisa, ou uso-servidão. Deve-se entender, quando em título de propriedade, ainda na dúvida, que se trata de uso-parte integrante divisa. Aí, não haveria razão para dúvida, porque a referência a serventia está de envolta com a referência às outras partes integrantes. Se servidão fôsse, seria servidão assaz ampla, que levaria quase aos mesmos resultados práticos.

A exclusividade do uso, quer se trate de uso-parte integrante divisa, quer de uso-servidão, permite que o titular do direito o exerça, tal como o exerceria o proprietário da casa, a que pertencesse o terreno, ou a que tocasse o direito de servidão sôbre outra casa. Aquêles que formulam certas proposições sôbre alpendres, varandas, lages, puxados, ou outras obras, sem distinguirem estar em causa parte indivisa, ou parte divisa do edifício de apartamentos, expõem os comuneiros a confusões lamentáveis. Certamente, o proprietário do apartamento térreo não poderia, sem a unanimidade dos comuneiros, construir banco de pedra, ou de ferro, ou de outra substância, no terreno, cujo uso fôsse parte indivisa integrante do edifício. Tudo muda de figura quando se trata de uso de terreno que ficou ao apartamento, no ato de constituição, como parte divisa, integrante dêle. Então, o apartamento compõe-se de salas, quartos e demais dependências, inclusive o uso do terreno. Sendo murado, ou por qualquer modo interdito aos outros condôminos, só se pode pensar em uso-parte integrante divisa. O dono do apartamento é dono dêsse uso diviso, tal como é de qualquer parede interna, estranha à estrutura necessária do edifício. Quanto à propriedade do terreno, todos os comuneiros têm a sua parte ideal no terreno, pôsto que não na tenham no uso. Desde que o dono do apartamento exerça êsse uso, sem transformar o destino do terreno e sem ofender direitos dos outros comuneiros, nenhum ato se lhe pode impedir.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 128. A – Legislação

Discorre Pontes de Miranda sobre a discriminação feita no art. 43, I e II, do CC/1916 sobre diversos imóveis.

Se o art. 79 do CC/2002 sintetiza que bens imóveis são "o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente", dúvida não pode existir que abrange todas as categorias de bens imóveis mencionados nos três incisos do art. 43 do CC/1916.

A referência feita ao art. 53 do CC/1916 cumpre esclarecer que somente o seu inc. II tem dispositivo correspondente no art. 88 do CC/2002 vigente: "Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade da parte".

Portanto, quando Pontes de Miranda discorre sobre a natureza jurídica das regras do art. 43 do CC/1916, está discorrendo sobre o art. 79 do CC/2002.

§ 128. B – Doutrina

As partes destacadas dos imóveis para fins próprios, "adquirem individualidade distinta e passam a qualificar-se como bens móveis, assim, os frutos colhidos, as árvores cortadas, as pedras, os produtos do solo etc." (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 868).

Mas, "os materiais de um prédio provisoriamente separados para serem de novo empregados no mesmo prédio não perdem a sua qualificação de bens imóveis. Essa regra se estende, por identidade de razão, a quaisquer elementos destacados, provisoriamente, para fins de reincorporação no imóvel de que fazem parte" (RÁO, Vicente. *O direito*... cit., p. 868).

§ 129. FALSAS PARTES INTEGRANTES

1. ARG. AO ART. 43, I E II. – As falsas partes integrantes são as árvores, as plantas e os frutos pendentes, que não se tornaram partes integrantes do imóvel (arg. ao art. 43, I), ou do móvel, as sementes, que o locatário rural semeia para colheita dentro do tempo da locação (arg. ao art. 43, II), os quiosques, carros-casas, palanques de armar e demais construções, que se podem retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano (arg. ao art. 43, II), e tudo que o proprietário manteve no imóvel sem ser para a explo-

ração, aformoseamento, ou comodidade *do imóvel*. Em geral, à qualidade de parte integrante – e não só de parte integrante essencial – repugna a transitoriedade do fim. Se o fim é, por sua natureza, transitório, ou se o fim é totalmente estranho à destinação do imóvel, a transitoriedade ou estraneidade exclui a parcialização. O que arrendou terreno para cultivar flôres, ou fazer viveiros de plantas, estabeleceu fim transitório, que é pré-excludente da incidência do art. 43, III, como dos incisos I e II. Em primeiro plano, vem a intenção do que é autor da união, se se trata de coisas "empregadas" (art. 43, III). Se, em vez disso, é de incorporação que se trata, o fim mesmo é que decide, se está na concepção do tráfico (art. 43, I e II). O fim transitório pode tornar-se definitivo, se os pressupostos sobrevém; o fim definitivo, desaparecer e suceder-lhe outro, mas, nesse caso, a desparcialização só se dá se há razão para se ter por separada a parte integrante, antes, ou com o nôvo fim, ou após êle.

2. UNIÃO E PARCIALIZAÇÃO VERDADEIRA OU FALSA. – A união pelo possuidor não-dono nem sempre é causadora de falsa parcialização. O locador, o arrendatário, ou outro semelhante, pode parcializar, se insere a coisa de tal modo que um dos pressupostos do art. 43, I ou II, se componha ou se componham os do art. 43, III. Tôda plantação para se vender a própria planta, ou para se colherem os frutos, de uma vez só, durante a locação, ou outra relação semelhante, é estranha aos arts. 43, II e III.

3. PRINCÍPIO DA OPOSIÇÃO ENTRE O EXERCÍCIO DE DIREITO E A PARCIALIZAÇÃO. – A regra jurídica sôbre o que se une no exercício de algum direito, real ou pessoal, é a seguinte: A coisa que se une ao prédio no exercício de direito concernente a imóvel (direito real ou pessoal) não passa a ser parte integrante do prédio. É o caso do titular do usufruto, do uso, do direito de habitação, da servidão. O locatário, o arrendatário, ou outro titular de direito pessoal, se o contrato lho permite, pode unir, sem perder a propriedade (arg. aos arts. 545-549); se o contrato não permitir unir e retirar, o titular do direito pessoal perde a propriedade, salvo quanto às benfeitorias voluptuárias se as puder levantar sem detrimento da coisa (art. 516). Não se deve invocar a doutrina estrangeira, inclusive a alemã, porque, a despeito da opinião de E. ECK (*Vorträge*, I, 102), O. VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 46), FRITZ SCHULZ (System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *Archiv für die civilistische Praxis*, 105, 381) e outros, o § 95, alínea 2.ª, só se refere a direitos reais (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 198). O que decide, pràticamente, no tocante aos direitos pessoais,

é o art. 43, II (aliás, também assim, para o direito alemão, P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, I, 272; H. TOBIAS, Eigentumserwerb durch Verbindung, *Archiv für die civilistische Praxis*, 94, 403 s.; MARTIN WOLFF, *Der Bau auf fremden Boden*, 73). O exercício pode ser pelo próprio titular, ou pelo representante (MARTIN WOLFF, *Der Bau auf fremden Boden*, 74 s.), ainda quando seja êsse o dono do prédio (NISSEN, Eigentumsvorbehalt an Maschinen, *Juristische Wochenschrift*, 36, 194). O que exerce direito como se o tivesse, sem no ter, fica na posição do possuidor (arts. 516-519, 968 e 1.272), e não do titular de direito. A *vontade* de exercer não é pressuposto necessário, basta o exercício objetivo (MARTIN WOLFF, *Der Bau auf fremden Boden*, 74), para o direito de unir. Tão-pouco é preciso que os materiais pertençam ao titular do direito (sem razão, MARTIN WOLFF, 83 s.; e H. TOBIAS, 417 s.). Por outro lado, o que se une no exercício de direito não pode ser desproporcional em relação ao direito mesmo (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 199).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 129. B – Doutrina

Pontes de Miranda continua a tratar do art. 43 do CC/1916 e se refere a cada uma das categorias de bens mencionadas no dispositivo em questão.

Aqui também, nada prejudica a exposição diante da síntese de conceito contida no art. 79 do CC/2002 sobre bens imóveis.

§ 130. DIREITOS REAIS PARTES INTEGRANTES

1. PARCIALIZAÇÃO DE DIREITOS REAIS. – Os direitos reais que concernem a certo imóvel (= quem é titular do direito de propriedade é titular dêles) são partes integrantes do direito de propriedade do imóvel. Assim, as servidões são tidas como partes integrantes do prédio; também os direitos de vizinhança. Não o direito do proprietário constante do art. 607 (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 200); nem o direito de hipoteca, se o credor é o proprietário (H. HIRSCH, Die vorläufige Eigentümerhypothek, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25, 251 s.).

2. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS. – As conseqüências jurídicas de serem consideradas como partes integrantes do imóvel os direitos reais que pertencem a quem fôr proprietário dêle são as que derivam de se compreenderem na alienação ou gravação do imóvel. Assim, quem aliena o imóvel aliena a servidão e os direitos de vizinhança; quem o dá em garantia dá-os também em garantia.

3. PRECISÃO DE CONCEITOS. – Os direitos reais que pertencem a quem fôr proprietário do imóvel são partes integrantes do direito de propriedade; não partes integrantes do imóvel (cf. P. OERTMANN, *Der Allgemeine Teil*, 274). Não se trata de partes integrantes essenciais, de modo que, de regra, a separação é possível; só é inseparável o direito, se de si-mesmo o é (J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 135).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 130. B – Doutrina

O art. 80, I, do CC/2002, considera imóveis como o fazia o art. 44, I, do CC/1916, que "os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram".

Para Pontes de Miranda, "os direitos reais que pertencem a quem for proprietário do imóvel são partes integrantes do direito de propriedade; não partes integrantes do imóvel" (§ 130, 2).

§ 131. DESINTEGRAÇÃO E MOBILIZAÇÃO

1. TRANSITORIEDADE DA INTEGRAÇÃO. – Algumas partes integrantes são transitórias, como os frutos pendentes. Outras podem ser separadas pelo proprietário; *e. g.*, pode ser dividido o terreno (desintegração da parte sem perda da imobilização), alienado o portão ou a porta da casa (desintegração da parte, com mobilização conseqüente, mas provável imobilização posterior). Há a imobilização natural que se caracteriza pela indeslocabilidade (terreno), pôsto que algumas partes integrantes sejam deslocáveis (areias, terras, sais, cal) e a imobilização pela incorporação, que é a resultante de fatos naturais ou do homem. Já se não exige

a incorporação do vegetal pelo enraizamento (sem razão, FRANCESCO DE MARTINO, *Della Proprietà*, 13). O enraizamento pode sobrevir ao ato de semeadura e pode, êle-só, estabelecer a *coalitio*, como se é a raiz que penetra no terreno alheio e dá o brôto, ou se a raiz proveio de viveiro-móvel, ou sementeira-móvel, e dá o brôto. A opinião que considera parte integrante do imóvel as plantas de viveiro, ou de sementeira, ainda se já enraizadas no chão, para serem vendidas, como acontece com as chácaras de comércio de plantas, abstrai da concepção do tráfico e tem como critério único a incorporação ao solo (F. FILOMUSI-GUELFI, *Diritti reali*, 28; N. COVIELLO, *Manuale*, 255; CARLO FADDA e P. EMILIO BENSA, notas a B. WINDSCHEID, V, 122). Ora, a incorporação artificial pode não ser permanente e falta êsse requisito; o art. 43, II, tem de ser entendido em confronto com o art. 545.

2. PRESSUPOSTO DA DESIMOBILIZAÇÃO. – O Código Civil, no art. 43, III, considera parte integrante do imóvel tudo que o proprietário mantém intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade. (No art. 45 acrescenta: "Os bens de que trata o art. 43, III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados". "Mobilizados" quer dizer "volverem a ser bens móveis", deixarem de ser partes integrantes do imóvel.) O proprietário, ou quem o represente. Para que a integração se dê, sem ser posta pelo proprietário a coisa, é preciso que a espécie caiba no art. 43, I e II, ou nos arts. 545-549. Seja quem fôr o dono da coisa parcializada, a desparcialização segundo o art. 45 sòmente pode ser feita pelo proprietário do imóvel (arg. aos arts. 45, III, e 545-549). O que o não-proprietário empregou no edifício para terminá-lo (edifício *in abstracto*) ou para o terminar em suas especificidades (fim, qualidade, exigências sanitárias e policiais, de situação, lugar e destinação) entra no art. 43, II, ou nos arts. 546-549; tais como a sala de aço do edifício para banco, o serviço telefônico interno do hotel. Nos casos do art. 43, III, há apenas integração como parte; nos arts. 546-549, há *perda* da propriedade pelo dono da coisa móvel, *simultânea* e *conseqüente* à integração dela como parte.

3. O ART. 46. – No art. 46, estatui o Código Civil: "Não perdem o caráter de imóveis os materiais provisòriamente separados de um prédio, para nêle mesmo se reempregarem". Assim, as venezianas, as portas, as peças de calefação ou de refrigeração, que se retiraram para serem pintadas, ou consertadas, não se desimobilizaram (a "ideia" não passa à frente da realidade, à maneira platônica; a realidade da vida é que enche o conceito).

4. DIREITO À SUCESSÃO ABERTA. – O direito à sucessão aberta pode ser direito a bens móveis ou a bens imóveis; não importa o que seja, – a lei tem-no por bem imóvel. Uma das conseqüências é só se poder transferir, se de valor acima de mil cruzeiros, por escritura pública (art. 134, II), ou têrmo nos autos, ou têrmo de arrematação, ou de adjudicação, que são instrumento público.

O direito à sucessão aberta considera-se bem imóvel. As regras jurídicas sôbre forma da transferência incidem; bem assim, as regras jurídicas sôbre necessidade de assentimento, *e. g.*, os arts. 386, 427, VI, 429 e 453 (4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de fevereiro de 1945, *R. dos T.*, 151, 141). Absurda a decisão da 2.ª Câmara da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 22 de abril de 1927 (*R. de D.*, 84, 541), que considerou imóvel a massa hereditária, e não o direito dos herdeiros. A leitura da lei é gritante: "o direito à sucessão aberta". Discute-se quanto à transcritibilidade dêsse direito no registo de imóveis. Responderam afirmativamente a 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 16 de maio de 1949 (*R. F.*, 131, 184); antes, a 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de maio de 1941 e 28 de agôsto de 1947 (*R. dos T.*, 132, 582 e 170, 161, a 2.ª Câmara a 14 de março de 1944, 151, 660) e as Câmaras Civis Conjuntas, 9 de fevereiro de 1945 (156, 703, a 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 1 de dezembro de 1948 (*Paraná J.*, 59, 21). Negativamente, o Supremo Tribunal Federal, a 4 de outubro de 1944 (*R. F.*, 104, 492; *R. dos T.*, 158, 867), a 3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agôsto de 1944 (*R. dos T.*, 151, 696, *R. F.*, 101, 108) e a 4.ª Câmara, a 13 de novembro de 1935 (*R. dos T.*, 106, 134). Em tudo isso há confusão lamentável. Certamente, nos sistemas jurídicos, que têm a saisina, com a transmissão automática da propriedade e da posse, nenhum ato é necessário para que propriedade e posse se transmitam. Porém uma coisa é a transmissão da propriedade e da posse, que o decujo tinha, aos herdeiros, em virtude do art. 1.572, e outra, a transferência do direito à sucessão aberta, que tem o herdeiro, ou que têm os herdeiros, a terceiros. O Supremo Tribunal Federal, a 4 de outubro de 1944, chegou a dizer que se não poderia transcrever a cessão dos direitos hereditários (em acórdão em que foi relator FILADELFO AZEVEDO). A transmissão ou cessão do direito à sucessão aberta sòmente pode ter efeitos reais com a transcrição. Dizer-se, como a 3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agôsto de 1944, que o direito resultante do art. 1.572 "só se materializa e corporifica pela partilha, ou ato equivalente", de modo que seria impraticável a transcrição, é desatender-se a que o art. 44, III, considerou bem imóvel,

de per si, o direito à sucessão aberta e a que o art. 1.572 opera *ipso iure*, só não sendo cessível o direito à sucessão aberta se alguma causa há para isso. Se se trata de direito real sôbre imóvel, que está compreendido na massa hereditária, não há nenhuma contradição ao princípio da continuidade do registo, como pretendeu a 3.ª Câmara: o que se regista é o direito à sucessão aberta, considerado bem imóvel pelo art. 4, III. Do registo consta pertencer ao decujo o imóvel; passa, agora, a constar que o herdeiro ou os herdeiros transferiram a outrem o direito à sucessão aberta. O que não se pode admitir, e aí está grave fonte de confusão, é que se exija, para aquisição da sucessão aberta, a transcrição do respectivo título, como, fora de todos os princípios, decidiu o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de fevereiro de 1945 (*R. J. B.*, 74, 224). Com o simples fato da morte, dá-se a transmissão. De nada mais se precisa. Se legítima a sucessão nem sequer se exige que se abra o inventário. Se testamentária, o cumpra-se, que se dê ao testamento, não tem eficácia constitutiva, em relação a aquisição da herança, que se operou, automàticamente, desde a morte do decujo. Título hábil para registo é o formal de partilha, ou a sentença de adjudicação, ou o ato de cessão do direito à sucessão aberta, ou qualquer ato de adjudicação a terceiro adquirente, em virtude de lei, ou de sentença. Antes do registo, a cessão de direitos hereditários sòmente pode ter eficácia pessoal.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 131. A – Legislação

O art. 46 do CC/1916 tem correspondência no art. 81, *caput* e I, do CC/2002, que trata dos bens que não perdem o caráter de imóveis.

O direito à sucessão aberta é considerado bem imóvel pelo art. 80, II, CC/2002, como dispunha o art. 44, III, do CC/1916.

§ 132. DIREITOS REAIS BENS IMÓVEIS

1. DIREITOS REAIS. – Os direitos reais sôbre imóveis são tidos sempre por bens imóveis, sejam bens independentes, ou sejam como partes integrantes. Aqui, temos de os examinar quando independentes (art. 44,

I, pr.). São êles a enfiteuse, o usufruto, a habitação, a renda imobiliária, o penhor agrícola, a hipoteca, a anticrese. Não as frisas, camarotes ou cadeiras cativas nos teatros, estádios, ou outros lugares de diversões, porque a lei não organizou, a respeito, a comunhão *pro diviso*: há obrigação e posse; não domínio. Não cessa a imobilização, mas cessa a independência, se de algum direito real é titular quem fôr, no momento, o proprietário de algum imóvel.

2. PERTENÇA. – Se o direito real *parece* que se fêz pertença de algum imóvel, em verdade foi a coisa que se fêz tal; *e. g.*, *o* terreno enfitêutico passou a ser pertença de outro terreno.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 132. B – Doutrina

Pontes de Miranda, depois de ensinar que "os direitos reais sobre imóveis são tidos sempre por bens imóveis, sejam bens independentes, ou sejam como partes integrantes" (§ 132, 1), aponta aqueles direitos reais quando independentes, quais sejam a enfiteuse, o usufruto, a habitação, a renda imobiliária, o penhor agrícola, a hipoteca, a anticrese.

§ 133. AÇÕES BENS IMÓVEIS

1. AÇÕES QUE ASSEGURAM DIREITOS REAIS. – A expressão "as ações que os asseguram", isto é, que asseguram os direitos reais, deixou questão de interpretação, desde quando se inseriu o art. 526 do Código Civil francês, derivado de POTHIER: "Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent: les actions qui tendent à revendiquer un immeuble" (cf. L. 15, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: "Is, qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur"). ¿Seriam incluídas as ações pessoais, – ações para cobrar a coisa comprada, ou permutada, doada, ou legada, ações de anulação do negócio jurídico causal ou do acôrdo de transmissão, ou negócio jurídico unilateral de transmissão, ações de revogação da doação, ou de nulidade segundo o art. 1.175,

ou 1.176, a ação de anulação dos arts. 248, IV, 178, § 7.º, VI, e 1.177, ações de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), etc.? Tais ações não estão excluídas, mesmo porque o Código Civil, art. 44, I, antes falou dos direitos reais: "Os direitos reais sôbre imóveis... e as ações que os asseguram". A imobilidade nada tem com a realidade do direito. A solução de técnica legislativa consistiu em distinguir, exaustivamente, as ações tidas por bens imóveis e as ações tidas por bens móveis. A dúvida maior seria a respeito de textos heterotópicos, como os arts. 1.175-1.177 e 1.092, parágrafo único, que se acham no direito das obrigações; mas, se o objeto da prestação é imóvel, temos de ter a ação como inclusa no art. 44, I (cf. PIETRO BONFANTE, notas a B. WINDSCHEID, V, 202).

2. AÇÕES POSSESSÓRIAS. – Quanto à ação possessória relativa a imóveis, há a questão de se saber se é de incluir-se no art. 44, I, *ad instar* das ações concernentes a imóveis, se se discute o domínio ou algum direito real, ou se, ainda quando concernentes a imóveis, o seu lugar seria entre os bens móveis. A resposta tem de ser negativa; não cabe afirmativa, pela analogia com o art. 44, I. Dir-se-á que não se entenderia que, em ação em que o direito brasileiro permite a exceção de domínio evidente (art. 505, 2.ª parte), o objeto bem imóvel fôsse sem relevância; mas a letra do art. 44, I, não permite ir-se até aí.

3. AÇÕES DO LOCATÁRIO. – As ações do locatário contra o locador do imóvel, *ainda se não são possessórias*, têm-se por bem móvel: não porque sejam concernentes só a fruto do imóvel (F. S. BIANCHI, *Corso*, IX, 286 s.; L. ABELLO, *Trattato della locazione*, I, 307 s.), mas sim por se tratar de ações para haver o *facere* do locador (F. LAURENT, *Principes*, V, 600 s.). O objeto do direito não é o imóvel, nem o fruto, mas a prestação do locador, a sua permissão para que o locatário goze a coisa. Não há, em causa, *ius ad rem*. Insustentável a opinião dos que vêem nas ações do locatário ações imobiliárias (*e. g.*, N. COVIELLO, *Manuale*, 265; G. CHIOVENDA, *Principii*, 4.ª ed., 49). As ações do locador do imóvel contra o locatário, *ainda não possessórias*, são bens móveis. Não assim, passivamente, a executiva por alugueres, se o bem penhorado é imóvel: a citação da mulher do réu é necessária, como o é, ainda se só penhorados móveis, se são comuns.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 133. A – Legislação

O art. 44, I, CC/1916 tem correspondência no art. 80, I, do CC/2002.

§ 133. B – Doutrina

Na doutrina moderna nada há acrescentar às considerações feitas por Pontes de Miranda.

§ 134. COISAS SIMPLES E COISAS COMPOSTAS

1. CONCEITOS. – A incindibilidade natural da coisa concorre para que se tenha, no direito, por simples cada coisa. As coisas divisíveis, mas que têm unidade, são também simples. O conceito de simplicidade não contém, necessàriamente, o de indivisibilidade. A delimitação corporal das partes integrantes faz composta a coisa; porém nem tôda parte integrante é corporalmente delimitada. A coisa é composta quando a parte integrante aparece como coisa, entidade independente, sem no ser (*e. g.*, mesas e gavetas).

2. "SINGULARES" E "COLETIVAS". – Os conceitos de coisa simples e de coisa composta surgem no art. 54, onde se diz que "as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais" (aqui "coisas" está por "bens"), são singulares ou coletivas.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 134. A – Legislação

Os incs. I e II do art. 54 do CC/1916 tem sua correspondência nos arts. 89 e 90 do CC/2002 com a denominação de bens singulares e coletivos.

§ 134. C – Jurisprudência

A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo, conforme acórdão do TJSP que "estabelecimento comercial, segundo a melhor doutrina, configura bem móvel incorpóreo por ser uma universalidade de direito (art. 90 do CC/2002; art. 57, do CC/1916)" (TJSP, AgIn 991.09.088563-6, 11.ª Câm. de Direito Privado, j. 14.05.2009, rel. Des. Moura Ribeiro, *DJ* 17.06.2009).

§ 135. COISAS SINGULARES E COISAS COLETIVAS, BENS SINGULARES E BENS COLETIVOS

1. BEM COLETIVO. – "Coisas", nos arts. 54-57, são bens pois que o art. 54 alude, de comêço, a coisas materiais e imateriais. Pluralidade de coisas, que, na concepção corrente do tráfico, se tem como todo, ou unidade superior, é coisa coletiva; *e. g.*, rebanho, armazém, biblioteca; cada cabeça de gado, cada objeto, cada livro, é coisa singular. O Código Civil admite que os direitos entrem no conceito de coletividade (= bem coletivo); portanto, o rebanho e o crédito pela morte de um boi, ou de um cavalo, ou pela venda a prazo. O bem coletivo não é idêntico à soma dos bens singulares que o compõem, nem se altera com a substituição dêsses. O bem natural coletivo podia, em direito romano, ser objeto de direito, inclusive de propriedade (assim, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 692; para quaisquer bens coletivos, G. F. PUCHTA, *Pandekten*, 9.ª ed. 52, e, *de lege ferenda*, E. FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeit*, 79 s.; contra o poderem ser objeto de direito, C. G. VON WÄCHTER, *Erörterungen*, I, 15, H. DERNBURG, *Das Pfandrecht*, I, 452 s.; H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 94 s.; A. RANDA, *Das Eigentumsrecht*, I, 29); porém não é de se excluir, *a priori*, que, às vêzes (obscuros os textos), podem ser objeto de direito bens coletivos não-naturais, nem basta a explicação de A. BRINZ sôbre serem vindicáveis sem serem objeto de propriedade.

2. UNIVERSALIDADES. – Se o conjunto de coisas ou de coisas e bens, ou de bens não coisas, tem de ser tratado sob certo aspecto, como todo, diz-se que há bem *coletivo*. Podem tais universalidades ser dadas em usufruto, uso, ou habitação (arts. 714, 745 e 748), ou em garantia. Então, o direito real recai sôbre o todo, menos o consumível (KONRAD COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 114; E. FUCHS, *Grundbegriffe des Sachenrechts*, 31;

O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, 54; sem razão, J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 375; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 289, 39.ª ed., § 114, nota 15; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch*, III, 27.ª-32.ª ed., 422 e 609; E. ECK, *Vorträge*, I, 94; J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 453; Zwölf Studien, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 22, 1 s.; Der Dispositionsniessbrauch, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 24, 291). De regra, o direito de propriedade só recai sôbre coisas singulares, de per si; se é inegável que o marido e a mulher têm tal direito sôbre os bens da comunhão, não se pode tirar das regras jurídicas sôbre usufruto, uso, habitação e garantia real regra jurídica sôbre os demais bens coletivos. No direito brasileiro, não é de excluir-se a propriedade da biblioteca, diante dos arts. 54-56, tanto mais quanto o patrimônio e a herança não são os únicos bens coletivos, as únicas universalidades (art. 57). Se a universalidade de coisas se caracteriza, difícil seria excluí-la como objeto de direito, por si-mesma; se a universalidade de direito exsurge, também. A emprêsa, como tal, não é patrimônio, no sentido do art. 57. O que mais importa é saber-se que a propriedade de cada coisa singular tem o seu ordenamento de aquisição, a que tem de obedecer. No plano do direito das obrigações, é diferente: pode-se vender, comprar, trocar, doar, alugar, ou emprestar bem coletivo, em que só haja bens corpóreos, ou em que haja bens corpóreos e incorpóreos. Se a transmissão exige pressupostos especiais para os diferentes bens, têm de ser satisfeitos. O que não se pode admitir é que, na falta de regra jurídica especial sôbre tal transmissão (*e. g.*, art. 1.572), se entenda possível o direito unitário de senhorio pleno sôbre o patrimônio separado ("einheitliches Vollherrschaftsrecht an einem Sondervermögen"), a que se referia, em geral, O. GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 367). A discussão perdeu muito em se não ter precisado, de começo, a questão: ¿Pode o bem coletivo ser objeto de direito? Para a afirmativa, não se precisaria de responder: "Sim, inclusive de transmissão de propriedade sem ser como soma das transmissões".

3. "UNIVERSITAS FACTI" E "UNIVERSITAS IURIS". – No Código Civil, art. 54, diz-se: "As coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas: I. Singulares, quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais. II. Coletivas, ou universais, quando se encaram agregadas em todo". Aí estão a *universitas facti* e a *universitas iuris*. O art. 54 trata de conceitos que são do mundo fáctico (coisas simples, coisas compostas; bens materiais), ou de ambos os mundos, o fáctico e o jurídico (coisas ou bens singulares, universalidades de fato), e já do mundo jurídico (bens coletivos, coisas coletivas, universalida-

des de direito). O direito importa o conceito coisa, bem (singular), que é do mundo fáctico; e importa o de rebanho, o de enxame (bem coletivo de fato), que também o é. Os conceitos de universalidades de direito, de patrimônio, de pecúlio, de regime de comunhão, já se produziram no mundo jurídico, já supõem a incidência de alguma regra jurídica, a entrada de suportes fácticos no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, com as suas irradiações de eficácia. Só no plano da eficácia, já no mundo jurídico, é que se pode falar de universalidades de direito, de patrimônios, de pecúlios, de regimes de comunhão, de sub-rogação. A própria sub-rogação real do bem singular é no mundo jurídico. No mundo fáctico, apenas há substituições materiais, como a da porta da casa, a da perna da mesa, a da pintura do edifício.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 135. A – Legislação

Os arts. 54 a 57 do CC/1916, no Código vigente apresenta o seguinte tratamento legal: o art. 54, *caput*, do CC/1916 não tem correspondência, mas o inc. I do art. 54 do CC/1916 corresponde ao art. 89 do CC/2002 e o inc. II do art. 54 do CC/1916 corresponde ao art. 90, *caput*, do CC/2002; o arts. 55 e 56 do CC/1916 não têm correspondência no atual Código Civil; o art. 57 do CC/1916 tem correspondência no art. 91 do CC/2002.

Com a não inclusão no atual Código Civil do art. 54 do CC/1916, desaparece a norma que afirmava que: "as coisas simples ou compostas, materiais ou imateriais, são singulares ou coletivas".

Os arts. 714, 745 e 748 do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, nos arts. 1.390, 1.413 e 1.416 do CC/2002.

§ 135. B – Doutrina

Na conformidade do atual Código Civil, as coisas singulares podem ser simples e compostas.

O art. 89 do CC/2002 dispõe: "são singulares os bens que, embora reunidos, se consideram *de per si*, independentemente dos demais". De sua parte, o art. 90 do CC/2002 prescreve: "constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertencentes a mesma pessoa, tenham destinação unitária". "Os bens que formem essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias" (art. 90, parágrafo único, do CC/2002).

Portanto, permanecem válidas, perante o atual Código Civil as considerações feitas no presente parágrafo sobre os bens singulares simples e compostos, bem

como sobre a *universitas facti* e *universatis juris*, sendo que esta última vem exposta, como o fazia o art. 57, I, do CC/1916: "constitui-se universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico" (art. 91 do CC/2002).

§ 136. COISAS FORA DO COMÉRCIO

1. CONCEITUAÇÃO. – Para o Código Civil, conforme já dissemos, coisas fora do comércio são as que não são suscetíveis de apropriação e as que, *por lei*, são inalienáveis (art. 69). Segundo essa definição, as *res nullius* e as *res derelictae*, que se tornam tais, não *são* coisas fora do comércio, *estão* fora do comércio, pois estão aptas a voltarem a êle, isto é, a serem apropriadas. Em compensação, são tidas por fora do comércio as legalmente inalienáveis, *e. g.*, os bens públicos (arts. 66 e 67; Código da Contabilidade da União, Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 840), quando a lei lhes proíba, de todo, a alienação; não, porém, os imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Pensões e Aposentadorias (Decreto-lei n. 7.379, de 31 de março de 1945; Decreto-lei n. 8.618, de 10 de janeiro de 1946), porque o Decreto-lei n. 8.618, art. 2.°, revogou tôdas as regras jurídicas que concerniam à inalienabilidade *absoluta* e à impenhorabilidade. Apenas persistiu a exigência da autorização expressa da instituição financiadora (art. 1.°: "Os imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões, de acôrdo com o plano destinado aos seus segurados ou associados, não poderão ser alienados por êstes ou seus herdeiros sem autorização expressa da instituição financiadora"; § 1.°: "A autorização não será concedida sempre que se verificar ter a alienação finalidade predominante especulativa"; § 2.°: "Tratando-se de imóvel componente de conjunto residencial adquirido ou construído pela instituição, a autorização poderá ser recusada se o adquirente não fôr segurado ou associado seu ou de outra instituição de previdência social"; § 3.°: "O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o financiamento não tenha sido superior a dois terços do valor do imóvel na data da respectiva concessão").

2. CRÍTICA. – O conceito do art. 69 teria, mal interpretado, o defeito de confundir a *incomerciabilidade absoluta* e a *relativa*; mais ainda: as duas e a *indisponibilidade*. Todavia, devemos explicitá-lo convenientemente.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 136. A – Legislação

O art. 69 do CC/1916 que definia as coisas fora do comércio não vem repetido no Código Civil vigente.

A exemplificação feita a respeito dos bens públicos e da inalienabilidade de imóveis, citando-se diplomas legais a respeito, encontra-se totalmente revogada.

Todavia, não desaparece o entendimento doutrinário de que os bens insuscetíveis de apropriação e aqueles legalmente inalienáveis estão fora do comércio.

§ 136. B – Doutrina

O tema concernente às coisas fora do comércio, muito embora o Código Civil vigente não traga qualquer dispositivo a respeito, continua presente, não só do ponto de vista doutrinário, como diante da sistemática de nosso Direito Positivo em vigor.

§ 137. COISAS PRESENTES E COISAS FUTURAS

1. Conceito. – Coisa presente é a que já existe e tem independência. Não basta o já ser *in rerum natura*; é preciso, ademais, que se afirme a sua individualidade. Os frutos pendentes, por exemplo, já são; no entanto, persistem jurìdicamente inindividuados (art. 43, I), como partes integrantes do imóvel (ou do vaso com planta, que é coisa móvel). Os frutos são *res sperata*; a caça e a pesca, *spes rei*, porque, além do elemento natural, é preciso o ato humano, direto ou indireto (*e. g.*, através de alçapões, armadilhas, rêdes, covas, etc.), para que se façam coisa apropriada. A existência atual da coisa não é pressuposto necessário dos negócios jurídicos, exceto dos negócios jurídicos reais. Porém, ainda assim, é possível, por exemplo, a transmissão para quando se dê a separação do fruto, se o adquirente está de posse do bem que frutifica e pode fazer seus os frutos. É a *brevi manu traditio* antecipada de móveis, que, todavia, não se verifica em todos os casos em que A. von Tuhr (Zur Lehre von der Anweisung, *Jherings Jahrbücher*, 48, 43 s.; *Der Allgemeine Teil*, II, 383, nota 116) a viu. Desde que a separação só depende do adquirente, dá-se a transmissão da coisa futura; outrossim, quando alguém foi encarregado pelos dois figurantes de separar os frutos e a separação se opera.

2. POSSE E COISA FUTURA. – A coisa futura pode ser objeto de negócios jurídicos obrigacionais. Se, por exemplo, tratando-se de madeiras, ou de pés de café, ou cana, se dá a posse desde logo (marcação das árvores, área plantada, qualidades e quantidades a partir-se de determinado lugar), o comprador das árvores vivas torna-se proprietário *simultâneamente* (no ponto de tempo *imediato*) à separação. Não assim se a permissão para separar era condicionada, inclusive à paga do preço, e a condição não se verificou (G. SALIER, *Verkauf von Bäumen auf dem Stamme*, 28 s. e 44 s.). Se aquêle, a quem se permitiu a separação, não chegou a ter posse, ou a teve por ato próprio, contra o possuidor, ou se a perdeu (= não tem posse ao tempo da separação), a propriedade não lhe passa.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 137. A – Legislação

O art. 43, I, II e III, do CC/1916 corresponde ao art. 79 do CC/2002. Daí porque continua atual a doutrina exposta por Pontes de Miranda.

§ 138. RELAÇÃO DE SECUNDARIEDADE

1. ACESSORIEDADE. – A relação de acessoriedade deriva de concorrerem, a respeito de duas coisas, certas circunstâncias que tornem a sorte de uma dependente da outra, sem que isso resulte de serviço de uma à finalidade da outra. A ciência prescinde de tal conceito de acessório; bastam-lhe o de pertença, o de frutos e o de proveitos. Mas o Código Civil fôrça o jurista brasileiro a levar em conta os arts. 58-64, tal como os juristas portuguêses da era filipina tiveram de levar em conta o irrompente substantivo das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 42, § 2, *verbis* "assim pela coisa principal como pelo acessório". Em verdade, quando, por alguma regra jurídica especial, se cria a dependência de sorte de uma coisa à de outra, chama-se à coisa que lhe segue a sorte "acessório". Pode-se bem imaginar até que ponto de indeterminação chega o conteúdo dêsse conceito, que abarca objetos diversíssimos. Mais ainda: meteram-se nêle os conceitos das acessões naturais (accessiones naturales), isto

é, exatamente "entidades" que não poderiam ser acessórias, pela razão muito simples de que não *mais* são coisas, deixaram de o ser pela acessão (*senso* técnico).

2. USO DO TRÁFICO. – Os barris ou tonéis não são pertenças do vinho, ou cerveja, ou outra substância que nêles se contenha, nem os sacos o são do algodão, ou do açúcar, ou do café. Todavia, porque é de uso do tráfico a alienação do vinho em barris, ou tonéis, tanto que se diz vendi "tantos barris de vinho", ou "tantos tonéis" (L. 3, § 1, D., *de titrico, vino vel oleo legato*, 33, 6: "loquimur habere nos amphoras mille, ad mensuram vini referentes"), os negócios jurídicos sôbre vinhos compreendem os barris, ou tonéis. Mesmo porque o uso do tráfico atende a que não se pode manter líquido sem ser em recipiente (L. 4, pr., D., *de penu legata*, 33, 9). Quando aos pássaros, também se haviam de ter como inclusas as gaiolas, ou viveiros (L. 66, D., *de legatis et fideicommissis*, 32).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 138. A – Legislação

Os arts. 58 a 64 do CC/1916 tratavam dos "bens reciprocamente considerados". Desses dispositivos, os arts. 58 a 62 do CC/1916 não prescrevem dispositivos correspondentes no Código Civil vigente. O art. 63, §§ 1.° a 3.°, do CC/1916 tem correspondência no art. 96, §§ 1.° a 3.°, do CC/2002 e o art. 64 do CC/1916 corresponde ao art. 97 do CC/2002.

§ 138. B – Doutrina

O Código Civil vigente disciplina os "bens reciprocamente considerados" nos arts. 92 a 97 do CC/2002.

É feita a classificação dos bens em relação uns aos outros, bem como, a destinação em principais e acessórios.

O art. 59 do CC/1916 dispunha: "Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal"; enquanto o art. 92 do CC/2002 dispõe: "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal".

"Não apenas o objeto corpóreo pode ser acessório, como também os direitos, como é o caso da fiança e cláusula penal que possuem noção de subordinação ao contrato principal" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 310).

Para o processo de sua ligação aos acessórios podem ser naturais, industriais e civis. Os naturais são aqueles que aderem naturalmente ao principal. Os industriais são aqueles que derivam do trabalho humano. Os civis são aqueles que resultam de uma relação de direito e não de uma relação material.

O Código Civil de 1916 não definiu as chamadas pertenças, como coisas acessórias destinadas a conservar ou facilitar o uso das coisas principais, sem que sejam partes integrantes. O art. 93 do CC/2002 as define: "São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao adorno de outro".

Pelo art. 94 do CC/2002, "os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade ou das circunstâncias do caso".

Vicente Ráo observa ser difícil traduzir a palavra "appartenance" por outra rigorosamente equivalente, em nosso idioma. No sentido apenas etimológico seria possível o termo "pertinência", mas este termo, com o uso, assumiu um significado específico diverso e passou a indicar "o que vem a propósito, o que é próprio para o fim a que se destina (de "pertinens") Os léxicos, de seu turno, atribuem diversos significados à palavra "pertença". Em falta de outra melhor, preferível usar a palavra "pertença", no sentido amplo de propriedade (Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 578, n. 403, nota 16).

§ 139. PRODUTOS, FRUTOS E BENFEITORIAS

1. Três conceitos. – A chamada acessoriedade pode ser apreciada no passado, no presente e no futuro. Os frutos são acessórios quanto ao futuro; enquanto pendem, são partes integrantes. Assim se há de explicar que, no art. 43, I, se fale do que entra no conceito de imóvel e se nomeiem as árvores e frutos pendentes, e, no art. 61, se diga que "São acessórios do solo: I. Os produtos orgânicos da superfície". Deve-se ler o art. 61 como se enunciasse: na concepção do direito brasileiro, a terra, o solo, é que é o *cerne* ou *núcleo* da propriedade imobiliária; tudo mais é parte integrante do bem, "acedendo" ao solo. A expressão "acessório" é imprópria, porque o bem móvel é unidade e tôda acessoriedade supõe pluralidade. O produto orgânico da superfície sòmente pode ser acessório a começar de ser coisa per si, isto é, ao deixar de ser parte integrante. Também os minerais contidos no subsolo – ou à superfície (entenda-se) – foram ditos acessório do solo, para se dizer que são parte integrante do imóvel, cujo cerne é o solo (art. 61): "São acessórios do solo: II. Os mi-

nerais contidos no subsolo". Também aqui se hão de entender "minerais e vegetais" (cf. *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 372, 1.°: "Os produtos minerais e vegetais, que o solo espontâneamente fornece, ou com o auxílio de capitais e do trabalho"). A acessoriedade é no futuro, quando deixarem de ser partes integrantes. Quanto ao art. 61, III, "as obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície", são parte integrante (art. 43, II). O art. 62 diz que: "Também se consideram acessórios da coisa tôdas as benfeitorias, qualquer que seja o seu valor, exceto: I. A pintura em relação à tela. II. A escultura em relação à matéria-prima. III. A escritura e outro qualquer trabalho gráfico, em relação à matéria-prima que os recebe (art. 614)". As benfeitorias, por definição, fazem bem, ou pela necessariedade delas, ou pela sua utilidade, ou pelo maior deleite, ou recreio, que trazem ao bem. O Código Civil definiu-as: "Art. 63. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. § 1.° São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentem o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. § 2.° São úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa. § 3.° São necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore". No art. 64, precisou-se: "Não se consideram benfeitorias os melhoramentos sobrevindos à coisa sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor". O ato do que benfaz à propriedade, como se lança sementes ao terreno alheio, trata-se como fato; é como se ave ou o vento o houvesse feito.

2. FRUTOS E PERTENÇAS. – Os produtos orgânicos da terra, solo ou subsolo, são *frutos* (inclusive quanto à madeira, o capim, as parasitas das árvores); são também *partes integrantes essenciais*, se não podem ser despregadas sem dano para o imóvel (art. 43, I e II), ou *pertenças*, quando existem independentemente mas ajudam à função do imóvel (*e. g.*, o gado destinado à exploração econômica, os produtos agrícolas que são necessários à próxima plantação, o estêrco existente no terreno). Assim, o art. 61, I, tem de ser entendido para os produtos-pertença; e os frutos, enquanto se põem em relação de pertinencialidade. Frutos pendentes são partes integrantes, sendo o solo o cerne; frutos destinados à exploração, ou à próxima plantação, são pertenças.

Quanto aos minerais, o Código de Minas (Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, arts. 1.°, § 1.°, e 4.°), definiu a *jazida* (tôda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior, ou na superfície da terra, que apresente valor para a indústria) e disse-a "bem imóvel, distinto

e não integrante do solo". Acentuou que a propriedade da superfície (solo) abrange a do subsolo, "na forma do direito comum", excluída "a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria".

3. OBRAS ADERIDAS. – As obras de aderência permanente, feitas acima ou abaixo da superfície (art. 61, III), se não se podem retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano (art. 43, II), são parte integrante essencial; portanto, nenhuma existência têm independente e está excluída, por isso, qualquer relação de secundariedade, ou acessoriedade: apenas aderiram ao cerne, que é o solo, debaixo dêle, para êle, ou acima dêle. Nem é preciso, para que sejam parte integrante, que pela conexão corporal estejam pregadas ao solo: basta a fôrça de gravidade; porque podem as obras caber no conceito do art. 43, III. O conceito de coisas acessórias, se tomássemos à risca o art. 61, I-III, seria o contraposto a coisa principal, quando a coisa é composta, isto é, quando existe coisa A tal que dela fêz parte algo que exteriormente aparece *como* coisa. Note-se bem: não é coisa, parece que o é. Então, falar-se-ia, acertadamente, dos acessórios do automóvel, ou de acessório da vitrola ou do aparelho de rádio, e dos acessórios do terreno, que seriam as árvores, as pedras e as construções. Teria o legislador confundido a relação de acessão que só serve a descrever o todo atual da coisa simples ou composta (conceitos do mundo fáctico) e a relação de secundariedade (= acessoriedade) que só serve ao conceito de pertença. Em verdade, eram bem pobres os seus recursos de terminologia e de precisão conceptual.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 139. A – Legislação

O art. 43, I, II e III, do CC/1916 tem sua correspondência no art. 79 do CC/2002 que de forma sistemática dispõe: "São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente".

O art. 60 do CC/1916 dispunha que constituem coisas acessórias os frutos, produtos e rendimentos.

O art. 61 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil em vigor. De igual forma ocorre com o art. 62 do CC/1916.

O art. 63 do CC/1916 tem dispositivo correspondente no art. 96, §§ 1.º a 3.º, do CC/2002.

§ 139. B – Doutrina

Muito embora não exista mais no atual Código Civil as categorias jurídicas que constavam no art. 61 e seus incisos do CC/1916, as considerações feitas por Pontes de Miranda continuam válidas frente à norma genérica contemplada no art. 79 do CC/2002.

§ 140. FRUTOS

1. CONCEITO DE FRUTOS. – A expressão "frutos" é empregada no sentido de proveitos econômicos que derivam da coisa conforme o destino que ela tem, ou pode ter parte dela, e sem lhe alterar a essência (cp. art. 43, I-II, quanto a partes integrantes), ou diretamente (frutos naturais), ou por meio de outrem, isto é, como efeito de relação jurídica que tem por fim a obtenção dêsses proveitos (frutos civis ou jurídicos). *a*) O conceito de frutos abstrai da periodicidade, ou da repetição ou reiteração, bem como da noção de capital. Os frutos não são só os produtos orgânicos, nem só o que é *rendimento* (sem razão, ali, H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 19 s., e F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 393 s.; aqui, LEO V. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, I, 88; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 7.ª ed., 176 s., 8.ª ed., 131 s.). O conceito de frutos independe da própria aquisição pelo dono do fundo, ou por outrem, que os obtenha por negócio jurídico ou ocupação. O conceito de frutos apenas se funda na relação de duas "porções" do mundo fáctico. O conceito de frutos é objetivo. As próprias coisas adéspotas, *nullius*, têm frutos (J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 464; H. REICHEL, Der Begriff der Frucht, *Jherings Jahrbücher*, 42, 245; F. AFFOLTER, *Das Fruchtrecht*, 2 s.; donde, sem razão, L. KUHLENBECK, *Handkommentar*, I, 2.ª ed., 75, e LEO V. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, I, 126 s.); e as coisas *nullius* e os frutos delas podem ser ocupados (contradição em H. REICHEL, 42, 218). O fruto tem valor econômico; há de ter valor econômico, *b*) Houve quem exigisse ao proveito ser periódico; todavia, os que sustentaram a teoria da periodicidade (*e. g.*, LEO V. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, I, 42 s.) não atendiam a que êles-mesmos incluíam nos frutos a erva. *c*) Outros faziam pressuposto necessário a regularidade (*e. g.* H. DERNBURG); no entanto, êsse elemento conceptual só concerne a frutos vegetais, o que denuncia a regressividade da teoria da regularidade, *d*) A teoria da destinação econômica (K. v. CZYHLARZ) excluiria o que não está

no destino econômico da coisa. A E. HÖLDER (*Pandekten*, 155) deve-se ter chamado atenção para a confusão, que aí se operava, entre a separabilidade fáctica e a separabilidade por direito. A erva é fruto, pôsto que o destino da coisa não seja o de produzi-la; basta-lhe ter valor. Alude à possibilidade de destinação de todo ou de parte, por pequena que seja; e só a essa possibilidade. Se, por exemplo, nasceu no terreno da fábrica planta medicinal, rara, que se pode vender, é fruto, com todos os pressupostos conceptuais; não há, aí, destinação do terreno. Talvez mesmo não haja possibilidade de destinação de grande parte do terreno. Assim, pretendeu sustentar LEO v. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, 126 s.) que não há *fructus* de *res nullius*: não tendo dono a coisa, não se poderia pensar em fruto, porque falta a relação de propriedade, e, pois, a possibilidade da percepção dos frutos. O êrro em que incorreu derivou de pôr o conceito de fruto no mundo jurídico; o conceito de fruto é do mundo fáctico. A separação pode dar-se enquanto a *res* é sem dono. Aliás, tendo arquitetado teoria relativamente personalística de fruto (os frutos só se conceberiam com relação patrimonial com determinada pessoa, *Die Lehre vom Einkommen*, 42 s.), LEO v. PETRAZYCKI deslocou para o mundo jurídico o conceito de fruto. O fruto é fruto, independentemente de ser elemento de algum patrimônio (conceito do mundo jurídico!): por isso mesmo, a *res nullius* dá frutos. Já frisamos o que há de *algo na dimensão do tempo* quando se fala de frutos: o fruto *já era* (passado) e *continua de o ser* (presente), se apenas é possível (futuro) separá-lo. Não importa quem venha a operar a separação. Quando se emprega o têrmo "fruto", ainda quando se esteja no mundo jurídico (em que o direito de propriedade é simples *efeito* de fatos jurídicos), aquilo, a que se alude, está no mundo fáctico. O fruto-coisa já é não-fruto a partir do momento em que se independentizou; mas, porque o conceito é na dimensão do tempo, ainda de fruto se fala para se saber que regras jurídicas incidiram. É ineliminável nos sistemas jurídicos de hoje o que há de histórico no conceito de frutos. É êsse elemento de vida, de resíduo, que estabelece certas antinomias, que dificilmente se reduzem no trato dedutivo do direito. Tinha de fracassar, como fracassou, o método de dedução de que se serviram G. E. HEIMBACH e outros. Todavia, foi excessiva a atitude nacional-economística de LEO v. PETRAZYCKI.

No definirem os frutos, duas teorias exsurgiram: a teoria do produto e a do proveito. A primeira considera fruto o produto orgânico da coisa (G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht*, 20; H. JANKE, *Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers*, 5) e, principalmente, H. GÖPPERT, em todo o seu livro. A segunda mais atende a ser derivado da coisa o valor-fruto, segundo

concepção econômico-social (LEO V. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, 7). Vem de KARL RITTER VON CZYHLARZ, em C. F. VON GLÜCK, 31/42, I, 389, H. DERNBURG, E. HÖLDER e outros. Tentou LEO V. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, 42 s.) fazê-la teoria do rendimento; mas a doutrina manteve-a, sem o escusado alargamento. Basta pensar-se em que nem todo produto orgânico é fruto, e em que nem todo fruto é produto orgânico, para se afastar a teoria do produto. Os juristas romanos começaram por ela (L. 59, § 1, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: "quidquid in fundo nascitur") e tiveram de soltá-la. O *-us* de *fructus* mostra que se fêz do verbo *frui o* substantivo (como *usus*, de *uti*; *partus*, de *parere*). Fruíu-se antes de se pensar em frutos. Fruindo-se o terreno, chamou-se à atividade *fructus*; viu-se, depois, o que era "objeto" (fáctico) do fruir, e a isso chamou-se *fructus*. Dois sentidos, um abstrato, subjetivo, a atividade fruitiva, e outro, concreto, objetivo, o "objeto" fruído (assim, JULIANO, na L. 43, D., *de evictionibus et duplae stipulatione*, 21, 2: "...quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus"). O direito de fruto, o *ius fruendi*, ou, simplesmente, *fructus*, é em sentido subjetivo, já no mundo jurídico; ao passo que o *fructus*, o fruir do possuidor de má fé, é só no mundo fáctico, dando ensejo apenas à responsabilidade pelo ato ilícito ou pelo fato ilícito. A definição de frutos tem de referir-se a produtos orgânicos, *não a todos*, e ao que é fruto *sem ser produto*. Nem se adota, ali, a teoria do produto, nem, aqui, a do proveito. O que importa é a relação fáctica de coisa-mãe, ou bem-mãe, a coisa-filha, ou bem-filho, ainda que se insira algum ou muito trabalho humano. A referência do Código Civil alemão (§ 99, alínea 1.ª, *verbis* "welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen wird", "que da coisa, conforme a seu destino, provém") à destinação da coisa, como pressuposto *positivo* do conceito de fruto, foi grave êrro de técnica legislativa. Não há pensar-se em haver essa ou aquela destinação do bem para se saber o que são frutos; pensa-se na destinação para se saber se algo não é fruto, por ir à *substantia* da coisa, um de cujos elementos é a destinação. O proveito tem de ser *salva substantia*; *o* que é *contra* a destinação da coisa é invasor da substância.

A concepção agrária do direito romano primitivo deu a base ao conceito de frutos. Por isso, quando as XII Tábuas falam de *glans*, GAIO (L. 236, § 1, D., *de verborum significatione*, 50, 16) interpreta que se trata de "todos os frutos". A própria indenização era em espécie, em natura, razão para se chegar, mais tarde, fàcilmente, ao conceito de frutos mediatos. Frutos eram *fruges* (frutos nativos, legumes) e *frumentum* (cereais), todos do mesmo étimo. O solo é que importa, porque os produz; e o dito de JULIA-

NO (L. 25, pr., D., *de usuris et fructibus*, 22, 1) demonstra-o, com tôda a expressão da sua generalidade: "...omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur". Vieram a ter-se por frutos do terreno a madeira cortada, a ovelha, o cordeiro, a lã; de modo que foi o pensamento concernente aos vegetais que abarcou os animais e seus produtos (melhor que "se estendeu aos animais e seus produtos"). Algumas línguas contemporâneas mantêm os dois sentidos de *fructus*: frutas (ou frutos), senso estrito; frutos, senso largo; e até o larguíssimo de frutos do trabalho, dos atos humanos, que é sentido extrajurídico. Seja como fôr, fruto só é o que da coisa se pode tirar *salva substantia sua*, Há passagem de CÁSSIO (L. 70, § 2, D., *de usu fructu*, 7, 1), referido por ULPIANO, que os juristas nem sempre entenderam: "...carnem fetus demortui ad fructuarium pertinere" (a carne do feto morto pertence ao frutuário). O feto é parte do animal; morto, pertence ao frutuário, como parte, e não como fruto. Se o animal também morresse, a êle pertenceria. Quanto ao feto *ainda* não morto, os juristas romanos discutiam: sabinianos venceram, afirmando que é fruto; *fetus in fructu esse*, disseram-no depois. O feto do feto, êsse, para ser fruto, ou teria de ser do feto-filho elemento do rebanho, ou do feto-filho coisa singular (L. 8, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1, *verbis* "ut causa"; H. R. GNEIST, *Die formellen Verträge*, 143). Discutiu-se se, havendo *universitas* (*e. g.*, usufruto do *grex*), os filhos dos animais eram frutos dela (do rebanho), ou não. Ora, não se poderia dar a mesma solução para as *universitates iuris*, para os *corpus ex distantibus* e para as coisas singulares. O patrimônio só existe no mundo jurídico. O conceito mesmo de coisas coletivas, em que entra o de patrimônio, é conceito do mundo jurídico. A respeito seria absurdo pensar-se em frutos naturais: o conceito de frutos naturais é oriundo do mundo fáctico. Quanto às *universitates facti*, aos *corpus ex distantibus*, – os seus elementos, e não a coisa coletiva, é que dão frutos. Rebanhos não geram, não podem ter filhos (H. GÖPPERT, *Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt-Sachen*, 98). O filho é fruto do animal e, como êsse, entra no rebanho, ainda no mundo fáctico, ou, tratando-se de *universitas iuris*, o fruto do animal, entra, por efeito da aquisição (mundo jurídico), na coisa coletiva de direito. A relação, ali como aqui, é de constituinte para constituído (relação de coletividade), e não de conseqüência, ou derivação. O titular do patrimônio adquire os frutos como os adquiriria o titular do direito de propriedade da coisa singular. Nos casos em que o patrimônio de usufruto tem de conter x elementos, os frutos que sòmente dão para os substituir submetem-se à constituição, e a separação dêles não os faz frutos conteúdo do direito do usufrutuário. Há, de início, regulação da partilha

dos frutos, indo os elementos necessários à substituição ao proprietário, com sub-rogação (art. 56). Ao que, no plano da sistemática jurídica, se passa chamou LEO V. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, I, 21) *conversio fructuum*, inspirando-se na L. 7, § 1, D., *de iure dotium*, 23, 3, em que ULPIANO disse: "Se se houverem percebido os frutos durante o matrimônio, não serão do dote; se, em verdade, foram percebidos antes das núpcias, convertem-se em dote (*in dotem convertuntur*)", salvo se acaso não convencionaram marido e mulher. Não precisamos da figura da *conventio tacita*, nem da figura da *convertio fructuum*, porque, ainda na espécie que o mesmo ULPIANO trata na L. 4, D., *de pactis dotalibus*, 23, 4, que é a de convenção de se converterem em dote frutos durante o matrimônio, a figura da conversão seria supérflua, no direito brasileiro (art. 56).

Pergunta-se se o animal, independentemente da sua genitora, pode ser fruto, *e. g.*, do prédio. O sabiniano CÁSSIO (L. 9, § 1, D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1), incluí nos frutos as abelhas e, pois, pássaros e peixes; mas há a L. 26, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1, em que JULIANO, excelentemente, disse: "Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet". A caça não é fruto do fundo, salvo se *rendimento* do fundo. No direito brasileiro, quem quer que seja pode apropriar-se dos enxames de abelhas, do *nullius*, – isto é, se nunca foram ocupadas, se as abandonou o dono, ou se elas saíram da colmeia sem a vontade do proprietário e êsse não as reclama imediatamente (art. 593, III). Passa-se o mesmo com os outros animais bravios (art. 593, I), pois que as abelhas o são.

No direito romano, se vimos dos primeiros textos, que eram os de pensadores de concepção agrária da vida, – razão por que só aludiam a frutos vegetais, até a legislação justinianéia, – o que se observa é a "classe" *fructus* em que, através das transformações da mentalidade dos juristas e das discussões, se vão incluindo e excluindo bens da vida. Ora se fala de "in fructu numerantur", ora de "in fructibus habentur", ora de "in fructu esse". Seria êrro dizer-se que os juristas romanos não tiveram conceito único de *fructus*, ou que tivessem muitos e diferentes conceitos. Em cada momento, tiveram *um* que explicitava, evolutivamente, o conceito que hoje temos. É falso, pois, dizer-se como HUGO DONELO (*Commentarii*, VI, 6.ª ed., 66), que havia muitos conceitos de frutos. Em verdade, houve lenta investigação para que se discriminasse, *in concreto*, o que era fruto e o que não no era: "in fruetu est", "in fruetu non est".

Tentou LEO V. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, I, 264 s.) distinguir os *frutos de ocupação* e os *frutos de percepção*, de modo que

a caça, a pesca e o apanhar de outras *res nullius*, encontradas no terreno, seriam frutos de ocupação, e os das árvores, ou das plantações, seriam frutos de percepção. Tal concepção de frutos é de repelir-se. Aliás, E. HÖLDER (*Pandekten*, 158) já havia prevenido quanto a não se poder eliminar a *separatio*, como elemento característico de todos os frutos. O estar no mundo fáctico o conceito de fruto – ainda quando "baixou" do mundo jurídico (então o crédito de juros, filho do crédito de capital, é tratado como elemento fáctico) exclui, por falsa, tôda teoria que confunda o fruto e a renda, o objetivo-fáctico e o subjetivo resultado de operações no fáctico e no jurídico. Inclusive, as definições dos economistas que, perto dos dois conceitos, porém ainda os apanhando obscuros e confusos, se referem a produto, ou a frutos, como a renda vista do lado objetivo. O crédito de fruto, tal como o entalhou a ciência do direito, atende mais à ciência econômica dos nossos dias do que os conceitos de muitos economistas; o fruto é o proveito considerado em relação com algum objeto (bem), de que proveio, sem no diminuir (*salva substantia*). Definindo-o como "Ertrag" viu-o, em 1896, FR. J. NEUMANN (Wirtschaftliche Grundbegriffe, *Lehrbuch der Politischen Oekonomie* de G. VON SCHÖNBERG, I, 4.ª ed., 180); apenas não foi ao domínio do suporte fáctico das regras jurídicas, para definir fruto. Os *fructus cohaerentes*, os *fructus stantes*, são parte integrante; o direito só os vê *de cima*, como coisa-parte, isto é, como o que pode vir a ser coisa. Durante êsse lapso, são *fructus exstantes*, frutos a serem colhidos, os frutos que pendem. Podem vir a ser *fructus separati*, que ou mergulham de nôvo na coisa, como as frutas amadurecidas, que caem, e se fazem parte do solo, sem ser mais por intermédio da árvore, ou pertencem a alguém, talvez ao proprietário, como coisas. Se alguém as come, consome-as: são *fructus consumpti*, frutos que tiveram passado de frutos-partes, foram frutos-coisas e agora não são, isto é, não são nem coisas nem partes integrantes.

Durante o tempo em que se vêem como frutos-partes que vão ou podem ser percebidos, aos frutos chama-se *fructus percipiendi*; ou se apenas vão ou podem ser separados, *fructus separandi*. Todo *fructus pendens* é fruto-parte; todo *fructus-separatus* já não é parte. A respeito dos frutos existentes, convém observar-se que abrangem os que já são parte da coisa (= os que já se notam), os que estão a ser separados e os que já foram separados e ainda se acham com o possuidor. Os frutos consumidos são os frutos que foram materialmente utilizados (consumidos, no sentido do art. 51), ou transformados, de modo que perderam tôda a sua

ligação ao passado, e os frutos alienados. Não importa se existe, ou não, no patrimônio, o correspectivo.

2. LUGAR PRÓPRIO NA SISTEMÁTICA DO DIREITO PRIVADO. – O lugar para se tratar dos frutos é na Parte Geral, a respeito dos bens, porque frutos são conceito do mundo fáctico, concernem a relações fácticas entre bens. A quem pertencem os frutos separados é questão que já se há de versar no Direito das Coisas, a propósito da posse ou da propriedade. O tratar-se, em parte, no Título da Posse revela que permanece o resíduo histórico, processualístico, não de todo sistematizado, da discussão sôbre os frutos, que o possuidor de boa fé colheu e os que, após a instauração do processo, se vão colhêr. O direito cogita dos frutos, conceito do mundo fáctico, porque é de interêsse prático referir-se, *prèviamente*, a conceitos, que vai empregar, ao compor os suportes fácticos das regras jurídicas. Por isso mesmo, quanto aos frutos civis, que, a princípio, se não diziam frutos, mas *in loco fructuum*, *o* direito abstrai da relação jurídica, que suscitou a sua aparição, e os tem, por igual, como elementos fácticos. A própria noção de fruto da coisa coletiva, como o fruto do rebanho, que é o excedente do que serviu a substituir os mortos, não é conceito do mundo jurídico; é conceito do mundo fáctico.

3. PARTES DO SOLO. – Quanto às pedras tiradas das pedreiras, LABEÃO entendia que atingiam a substância do fundo, do terreno (L. 18, pr., D., *de fundo dotali*, 23, 5), e SABINO (L. 9, § 2, D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1) admitiu que o usufrutuário das pedreiras (e areais) as usasse, quase como bom pai de família. JAVOLENO lançou-se contra LABEÃO, apontando minas de mármore que renasciam.

Quanto à cal, à greda, à areia, ao barro e semelhantes, já LABEÃO admitia que fôssem usados para o necessário e ULPIANO pô-los, sem qualquer distinção, na classe dos frutos (L. 12, pr., D., *de usufructu*, 7, 1; L. 7., § 13, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3); mas êle-mesmo teve de distinguir se há ofensa a parte necessária do campo (si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est). Importa dizer-se se a fazenda é de café, ou de cana-de-açúcar, ou de cacau, e o tirar o barro diminui-lhe o valor como fazenda, – o barro *desde* onde começa a diminuir-lho não é fruto. O que é renascente, como a água mineral, sempre é fruto. Também o gêlo natural. Não, para o direito romano, a água profluente (*aqua profluens*). O fruto é *lucrum ex re*; não *lucrum ex persona*: o

que o empregado produz não é fruto dêle, nem da emprêsa; nem a minha produção intelectual é fruto meu, ou da emprêsa do editor. Nem é fruto o que é feito com a mão, o *quaestus* (cf. *Provérbios*, 31, 16), – a pintura, a escultura, o escrito.

4. DIREITO ROMANO E O "PARTUS ANCILLAE". – No direito romano, se bem que se não considerasse fruto o filho da escrava, o *partus ancillae*, P. MÚCIO CÉVOLA e M. MANÍLIO ainda o tinham como tal. Venceu a opinião de M. JÚNIO BRUTO. Na L. 46, §, D., *de furtis*, 47, 2 (cf. L. 23, § 3, D., *ad Senatus Consultum Trebellianum*, 36, 1), ULPIANO nega que filho de escrava seja fruto: "partus ancillae non numeratur in fructu". Ressaltava a contradição; e a razão, que ULPIANO deu, fôra simplesmente fáctica, para não surpreender a quem exige plenitude lógica ao direito (L. 27, pr., D., *de hereditatis petitione*, 5, 3): não se comprarem escravas para terem filhos! (non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant). Exigia êle aos frutos, em direito, o serem conforme o fim, mas dava ao destino das escravas presunção absoluta, negativa: a de nunca se adquirirem para a produção. Mais parecia atitude filosófica do jurista, querendo o legislador ignorar o fim. No fundo, era a filosofia estóica que inspirava a ULPIANO: homem é fim; fruto é meio; o escravo, sendo homem, não pode dar fruto-filho (hominis homo). O direito é que refletia a contradição das concepções filosóficas, sem se poder estoicizar em tôda a extensão.

5. VEGETAIS. – (a) São frutos as flôres do jardim, ou do campo, ou do parque (sem razão, J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 318), o próprio mato cortado, ainda em conseqüência de devastação (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 283; H. REICHEL, Der Begriff der Frucht, *Jherings Jahrbücher*, 42, 403), ovos, mel e pêlos de animal, porém não o que se fabricou, como a farinha, o óleo, a compota ou o doce de frutas. Não é fruto a planta, ou a árvore, que não é para ser produzida ou aproveitada, e sim para proteger, amparar ou conservar o fundo (H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 92). A carne dos bois não é fruto; o boi extingue-se. O pinto ou o pássaro não é fruto do ôvo, – é continuação fáctica; o ôvo, sim, é que é fruto.

6. FRUTOS CIVIS. – (b) São frutos, ditos *civis* ou *jurídicos*: os proveitos resultantes de se haver dado a outrem o uso, o fruto, ou o uso e o fruto da coisa, tal como acontece se A dá em locação a B a casa, e os juros do capital. Na L. 62, pr., D., *de rei vindicatione*, 6, 1, PAPINIANO dizia, referindo-se a frutos da nave (portanto, frutos civis), que, como os juros,

tal fruto não provém da natureza, mas percebe-se por direito, – *non natura pervenet, sed iure percipitur*. Os frutos civis, incluídos os juros, hão de ser tratados como os frutos naturais. A respeito dos juros, na L. 34, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1, ULPIANO acentuou que os juros obtêm o lugar dos frutos e com razão não se devem separar dos frutos: "Usurae vicem fructum optinent et merito non debent a fructibus separari". Aliás, frutos do capital são as pretensões que vão surgindo, à medida que fluem os juros, e não o dinheiro com que se satisfazem as pretensões; essa verdade, que os juristas de ordinário não vêem, viu-a POMPÔNIO (L. 121, D., *de verborum significatione*, 50, 16): "Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa, id est nova oblicatione". (Os juros do dinheiro, que percebemos, não entram nos frutos, porque não derivam do capital, mas de outra causa, isto é, de nova obrigação.) Os créditos de juros é que *optinent vicem fructum*. Procurou-se distinguir os frutos naturais e os civis, conforme os conceitos de *percipere* e *separare* (*e. g.*, J. UNGER, *System*, I, 469). Ora, a separação dos frutos civis é no momento em que nasce o crédito de frutos, e não no em que se recebem os juros, ou alugueres, ou outra prestação. Aos frutos civis também se chamou frutos do tráfico (Verkehrsfrüchte), frutos jurídicos (ou de direito, *Rechtsfrüchte*, K. COSACK). O dono da coisa tem *fructus* (direito); pode exercê-lo, colhendo os frutos, usando a coisa (*e. g.*, habitando a casa), ou de outrem haver, pela dação do uso ou do fruto, ou de ambos, o que seja o sucedâneo dos frutos *vi naturae*: são frutos *vi legis*. Se dou o sítio a B, que o desfruta, o meu crédito de juros (não o que B me paga, pelos frutos) fruto é, *vi legis*. Se lhe empresto dinheiro, os créditos de juros (não os juros, que me paga) são frutos, são *usurae pecuniae credita*: em verdade, o meu dinheiro não deu frutos; deu-os o meu crédito. A distinção, apoiada como se viu, nos textos, foi explícita na glosa. HUGO DONELO (*Commentarii*, VI, 66) definiu: "Naturalis, qui natura provenit, ut segetes, poma, animalium foetus. Civilis, qui iure percipitur, ut rerum locatarum mercedes". Combatem-na por ser anticientífica (LEO V. PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, I, 262), ou não ser divisão ou classificação de frutos mas junção de dois conceitos diferentes sob o mesmo nome (E. HÖLDER, *Pandekten*, 158; HANS REICHEL, Der Begriff der Frucht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 42, 241). Se o dinheiro continuasse no cofre, não daria juros. Se A empresta o dinheiro a B, o dinheiro passa a ser de B: não poderia dar frutos para A. Fica a A o crédito contra B, e êsse dá frutos *vi legis* a favor de A. O dinheiro que B pague pelo capital emprestado põe-se no lugar do crédito; os juros, no lugar dos créditos de juros, que são apenas frutos civis.

O conceito de frutos civis implica *mediatização* dos frutos (F. AFFOLTER, *Das Fruchtrecht*, 54 s., e EBERHARD, Zinzen, *Gruchots Beiträge*, 55, 489, falam de frutos mediatos). Implica isso que se fitam os olhos na relação entre o proprietário e o titular do direito à posse, para se colocar, em vez do uso e do fruto pelo possuidor proprietário, ou pelo simples possuidor mediato, o que o possuidor imediato, ou o que o poderia ser, presta àquele. O conceito atendeu a que o uso e o fruto da coisa podem ser no mundo *fáctico* ou já se interpor *fato jurídico*, de que resulte ao possuidor mediato (proprietário, ou não), ainda de segundo grau, ou de mais, pretensão a "algo" (parte dos frutos naturais, ou dinheiro, ou outro bem).

Os frutos civis adquirem-se dia a dia. A diferença, em relação aos frutos naturais, ressalta. A aquisição é no momento em que a prestação deve ser satisfeita, porque há crédito de frutos e a repartição, no plano da eficácia, portanto *no mundo jurídico*, encontra no suporte fáctico da regra jurídica como elemento fáctico créditos de frutos, aliás fruto de crédito-mãe. Não há pensar-se na satisfação, porque essa seria adimplemento por outrem da dívida de frutos, e não nascimento de direito. O direito a subscrever novas ações de companhia ou quotas não é fruto (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 215; sem razão F. AFFOLTER, *Das Fruchtrecht*, 146 e 219). O proprietário adquire-o, como direito formativo oriundo da sua qualidade de dono das ações; não o usufrutuário, que só teria direito à subscrição, se êsse direito fôsse fruto.

c) Há direitos que incluem em si o direito aos frutos; donde falar-se de frutos de direitos. São os frutos que tocam ao usufrutuário, os juros do empréstimo, o fruto incluso na locação. Nota-se, aí, a confusão entre o mundo fáctico e o mundo jurídico, enleando-se os juristas. Não há frutos de direitos, há direitos a frutos contidos em direitos; nem o usufrutuário tem os frutos como frutos do seu direito de usufruto, nem o locatário colhe os frutos da coisa como frutos do seu direito de locação. Exatamente como o proprietário não os tem como frutos de seu direito de propriedade. A confusão fêz pensar-se em relação de direito-mãe e de direito-filho, em vez de relação de coisa-mãe e coisa-filha, levando ao inadmissível conceito de frutos de direito. Ora, o direito, que seria fruto, é conteúdo do direito que se teria por direito-mãe; o *conteúdo* não é filho, é parte integrante "inseparável". Diante das antinomias e dificuldades, quis F. AFFOLTER (*Das Fruchtrecht*, 52 s.) superá-las, trasladando ao mundo jurídico todos os conceitos de fruto, inclusive o de frutos naturais *stricto sensu*: todos seriam pretensões derivadas de direito-principal, ou direito-mãe, confor-

me o seu destino. O § 99, 2.ª e 3.ª alíneas, do Código Civil alemão foi responsável por agravamento da confusão. O direito como *objeto* pode ter frutos: as pretensões de interêsses são frutos do direito de crédito; mas, no caso do usufruto, não: o *fructus*, como o *usus*, é elemento da definição do usufruto. À lei é que se deve a extensão; sem que se tenha de refazer todo o conceito de frutos, deslocando-o do mundo fáctico para o jurídico. A extensão, relativa aos juros, sòmente permite que se empreguem os conceitos de relação jurídica obrigacional e de juros como elementos de suportes fácticos em que são apenas *frutos*. Assim, pois, o caminho, que se teria de tomar, era exatamente o inverso do que tomou F. AFFOLTER: a inclusão dos próprios juros nos frutos não tem a conseqüência de assimilar aos juros os outros frutos, e sim a de assimilar a êsses os juros. Traduzir-se-ia na regra jurídica que dissesse: os frutos, que *iure percipitur*, podem ser elemento do suporte fáctico das regras jurídicas sôbre frutos. É sòmente mais uma espécie de fato jurídico que aparece no suporte fáctico das regras jurídicas, portanto como *fato*. Dizer-se que o usufrutuário percebe os frutos como frutos do seu direito é deixar-se de atender a que o seu direito consiste, precisamente e tão-só, em usar e fruir. O seu direito aos *frutos* não pode gerar êsses *frutos*: a vaca gera o bezerro, não a si-mesma. A pretensão, a ação ou a exceção, concernentes aos frutos, não são frutos do direito de usufruto: ter-se-iam de alterar, profundamente, para isso, a linguagem do direito e os conceitos de pretensão, ação e exceção. Os frutos naturais que vão ao usufrutuário, ao locatário, ao credor anticrético e ao proprietário são frutos *da coisa*.

Os frutos civis são o correspectivo do uso ou do fruto, ou de ambos. O trabalho dos animais e os produtos da caça em lugar destinado a ela e, pois, excluída a ocupabilidade, são tidos por frutos civis. Se o trabalho dos animais é prestado ao que os possui é uso de coisa não-consumível, como o uso dos vestidos; o que o dono dêles receber de quem os alugou é que seria fruto civil. A caça, pelo próprio dono dos animais caçáveis, ou é consumo, ou é colheita de fruto, conforme atinge o número contável de animais, ou só o reduz ao que era antes dos nascimentos. O mesmo raciocínio há de ser feito quanto à pesca em lugar em que houve apropriação dos peixes. As vantagens do uso – os proveitos – tratam-se como os frutos, no sentido de terem de ser indenizadas ao que tem a pretensão à restituição ou repetição.

O produto de prêmios e loterias não são frutos; são contraprestações, não proveito, a despeito do *donum fortunae*. Se bem que aumentem o que enche o patrimônio, prêmios e loterias são capital: o aumento não provém

de frutos, e sim à semelhança da valorização dos imóveis, das pedras preciosas e mais bens. O que o cônjuge recebe do bilhete de loteria, comprado com dinheiro seu, no regime da separação, é seu; no regime da comunhão, é comum. O marido, no regime dotal, não o percebe como frutos (art. 289, II).

7. FRUTO E VALOR. – O fruto precisa ser algo que tenha valor econômico, ainda que a sua utilizabilidade só seja *in abstracto*: "In fructu id esse intellegitur quod ad usum hominis inductum est" (JAVOLENO, L. 42, D., *de usu et usu fructu*, 33, 2).

8. FRUTO E DIMENSÃO DO TEMPO. – O conceito de frutos não é de um só instante: há frutos em formação, frutos pendentes, frutos colhidos ou separados, frutos percebidos. O conceito tem conteúdo histórico. Por isso, os frutos em formação e os frutos pendentes são, *de regra*, partes integrantes; os frutos colhidos, coisas de existência independente, que não *foram* tais (eram, antes, partes integrantes); frutos percebidos que podem, até, já terem outra inserção (*e. g.*, terem sido semeados, consumidos, ou transformados). Assim, quando, no art. 60, se fala de frutos como acessório, tem-se de advertir em que se supõe *já existir* e *ainda existir* a relação de acessoriedade. Em verdade, o conceito de fruto prende-se à relação coisa-mãe e coisa-filha, coisa frutípara e fruto, ao princípio da maior unidade, tendo sido a concepção dos frutos animais e minerais de fonte filosófica posterior (cf. TEOFRASTO, *De Causis plantarum*, I, 1). Seja como fôr, a doutrina jurídica e as legislações – até hoje – se ressentem da identidade de elemento entre a coisa-mãe e a coisa-filha ou fruto, estranha ao étimo de *fructus*. O fruto passou a ser, apenas, a parte integrante da coisa, o que mostra já haver no conceito de coisa composta, que é do mundo fáctico, o conteúdo filosófico. O problema da separação, similar ao corte do cordão umbilical, tinha de surgir: AFRICANO (L. 62 [61], § 8, D., *de furtis*, 47, 2) enunciou que os frutos, enquanto estão coesos com o solo, são do fundo (fructus, quandiu solo cohaereant, fundi esse), mostrando, assim, a ligação ao solo (cp. art. 61, I); GAIO (L. 44, D., *de rei vindicatione*, 6, 1) disse-o com o conceito de pender, de estar pendurado, – os frutos pendentes têm-se por parte do fundo (Fructus pendentes pars fundi videntur); VENULEIO (L. 25, § 6, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 42, 8) deu notícia da dúvida de LABEÃO quanto ao que entendia o Pretor por frutos coesos do fundo (fructus fundo cohaesisse), isto é, ou são só os maduros, ou êles e os verdes (inmaturi), mas logo acrescentou que, ao ser alienado o fundo, no que concerne aos frutos, não havia mais que *uma coi-*

sa, – o fundo, a cuja alienação seguem os frutos de qualquer gênero. ULPIANO, na L. 12, § 11, D., *de instructo vel instrumento legato*, 33, 7, aludiu a *instrumentum* e repeliu, de acôrdo com CÁSSIO, que os frutos, antes de cortados, possam ser instrumentos do fundo, porque *fundus fundi instrumentum esse non potest*: mas, cortados, sim, porque podem servir para a produção de frutos. É a cissura, hoje, entre o fruto pendente, o fruto já sem qualquer relação com o fundo e o fruto-pertença. O mesmo ULPIANO (L. 27, § 25, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2) advertiu que, colhendo-se o fruto antes do tempo (*e. g.*, azeitona antes de amadurecer), há responsabilidade pela lei Aquília. Na L. 58 [57], D., *de furtis*, 47, 2, ALFENO caracterizou o furto da greda se alguém escava a terra para tirar greda e tirou-a (et cretam abstulisset), e não porque escavou e sim porque a tirou (non quia fodisset, sed quia abstulisset).

O conceito de fruto, no direito romano, era obscuro e ainda o é no direito hodierno; porque se alude a parte integrante como se tivesse de o ser, ou tendo de deixar de ser (fructus stantes, fructus pendentes, fructus qui terrae cohaerent), se alude ao instante da separação e ao tempo póstero a essa. Acha-se na dimensão do tempo e fala-se de coisa que ainda não é, de coisa que nasce e de coisa que já está livre de tôda relação objetiva com a coisa de que foi parte. Aliás, a importância prática do conceito é ligada a essa vadeabilidade na dimensão do tempo: A vende a B frutos estantes, ou, até, frutos que, mesmo como partes integrantes, ainda não são (serão partes integrantes e, depois, frutos); A transmite a B, dando-lhe a posse do fundo desde já ou, ao tempo da colheita, os frutos; A propõe ação de reivindicação contra B, que estava de boa fé, e só tem de receber de B os frutos a partir da cessação da boa fé (frutos passados, frutos estantes).

9. FRUTOS E DIMINUIÇÕES DO BEM. – O conceito de frutos não apanha os proveitos que se obtêm com prejuízo para a coisa, *nem* o que é contra o destino econômico da coisa. Os grãos, os frutos, o leite, as crias dos animais, a crina, a lã, o que fica da podagem das árvores, o estêrco, a areia que se explora, o barro, as pedras e outros produtos, ou benefícios econômicos semelhantes, são frutos. O prejuízo da coisa não é pressuposto suficiente para se não falar de fruto se o destino econômico da coisa implica esgotamento. Na L. 7, § 14, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3, ULPIANO pôs o princípio, implìcitamente, a respeito das minas de greda, prata, ou ouro, ou de outra qualquer matéria, ou de areia; mas, no § 13, pré-ressalvou os mármores que se não reproduzem, o que revela o primitivo conceito de frutos, rente à vida dos campos, e a primitiva indistinção

entre orgânico e inorgânico. Aliás, ISIDORO (*Origines*, XVII, 6), no século VII, regressivamente, escrevia que falar de frutos a respeito de animais era, em verdade, abusivo e figurado (vero abusive et translative vocamus fructum). O que é preciso é que a coisa mesma permaneça: o barro, por mais que dêle se tire, não exclui o terreno; nem o giz; nem a pedra. Certamente, quem tira a pedra que se deixou no rio, para se embelezar, com a cachoeira, o prédio de residência, atinge a coisa mesma, arrancando o que a ela está coeso para a sua destinação econômica. Não é fruto o de que se aproveita alguém para destino econômico que é contrário ao da coisa. Essa destinação ou deriva da natureza da coisa, ou da concepção do tráfico, ou de disposição do proprietário ou do possuidor de boa fé (H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 92; E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 225; H. REICHEL, Der Begriff der Frucht, *Jherings Jahrbücher*, 42, 275; sem razão, P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 284, e G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 214, que se satisfazem com a utilização fáctica, e R. LEONHARD, *Der Allgemeine Teil*, 172, nota 2, que entende só ser atendível a concepção do tráfico). O problema nada tem com o de ser acontecimento do mundo fáctico, e não fato jurídico, a separação: a separação do que não seria fruto não faz ser fruto o que não o seria; a separação do que seria fruto faz ser fruto o que o há de ser. O que cortou o galho da árvore, que servia de quebra-luz à janela, separou parte integrante da coisa, danificou a propriedade, e não fêz fruto o que não o seria: fêz coisa à parte, que não é fruto. Os frutos caídos da árvore do terreno vizinho são frutos, pertencem ao dono do solo em que caírem (art. 557); não assim, o galho da árvore que o vento quebrou e caíu no prédio ao lado, ou no fundo. O conceito de *substantia* variou com as concepções filosóficas dos juristas, desde o de matéria até o de integridade segundo o tráfico e o de substrato econômico da coisa. Por onde se vê que a destinação econômica pode *excluir* ser fruto, não é *pressuposto* de ser fruto. A destinação pode ser só de parte, como se há jardim fechado (ou de inverno, ou de verão), para aformoseamento (art. 43, III); não há só a destinação residencial do prédio, nem só a de jardim (seria a mesma dos outros jardins): há a do jardim específico, a cuja substância ofenderia a retirada de tôdas as flôres, para serem vendidas, quebrando-se o destino aformoseante do jardim fechado.

10. SEPARAÇÃO DOS FRUTOS. – (a) A *separação* do fruto torna-o coisa à parte; deixa, por ela, de ser parte integrante. Tudo se passa, ainda, no mundo fáctico; não há o *fato jurídico* da separação dos frutos, há o acontecimento do mundo fáctico, ainda que o agente tenha sido homem (Cf.

F. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 7.ª ed., 276 s.; K. RITTER VON CZYHLARZ, em CH. FR. VON GLÜCK, *Pandekten*, 41-42, I, 489 s.). Os frutos cortados não pertencem, sempre, ao proprietário da coisa *de que foi parte*. Não há nenhuma regra jurídica, no Código Civil, que diga pertencerem ao proprietário, como *extensão* do seu direito de propriedade, os frutos. Afirmam, no direito comum, a extensão, F. C. GESTERDING (*Entwickelte Lehre vom Eigentum*, 179 s.), E. PAGENSTECHER (*Die römische Lehre vom Eigentum*, II, 95 s.), K. A. D. UNTERHOLZNER (Von der Erwerbung des Eigentums an den Erzeugnissen, *Archiv für die civilistische Praxis*, 8, 310), B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, I, 8.ª ed., 846 s., 9.ª ed., 955 s.), G. E. HEIMBACH (*Die Lehre von der Frucht*, 43 s.), H. JANKE (*Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers*, 36 s.), H. GÖPPERT (*Über die organischen Erzeugnisse*, 242) e outros. Não assim, A. VON VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten*, I, 7.ª ed., 618, nota 1) e H. DERNBURG (*Pandekten*, I, 7.ª ed., 477 s., 8.ª ed., 345 s.), que viram, na aquisição pelo proprietário da coisa, nova aquisição: se êle adquire os frutos é porque tem *direito a adquiri-los*, se outrem não no tem mais forte, ou não lhe foi retirado. Ora, com a separação, os frutos são seus, ainda sem a *perceptio*, e o mesmo dá-se, hoje, com o usufruto e o uso, donde, nas três espécies, ser originária a aquisição. Mais ainda: com o possuidor de boa fé (art. 512, 1.ª parte: "Os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos logo que são separados").

(b) A separação tem de ser em tempo próprio, as partes separadas têm de ser aquelas que se destinavam a ser frutos, ou podiam ter tal destino. Se a separação foi de mais do que poderia ser fruto, ofendeu-se à coisa, e cabe indenização; se foram colhidos antes de tempo, o dano à coisa é ressarcível. Algumas relações jurídicas, como a de locação, não permitem que se vá além do que se há de ter como incluso na prestação do que atribuíu ao que usa êsse direito (cf. arts. 1.192, I, 1.193 e 1.211). Sustentou E. HÖLDER que todos os frutos, inclusive os naturais, se adquirem em virtude de *relação jurídica*. A relação de propriedade conteria êsse direito aos frutos, que se separassem. De modo que não haveria nada de específico entre os frutos civis e os naturais, no tocante à existência de relação jurídica. As fontes romanas, no entanto, só se referem a relações jurídicas obrigacionais, a despeito de serem frutos civis os foros (*canones emphyteutici*). O proprietário, ou o usufrutuário, *vel ipse frui ea re vel... locare potest*. "Potest": tem o direito de gozar e, pois, de fruir; porém o fazer seus os frutos e o direito de fruir são conceitos diferentes. Tenho o direito de procurar as pedras preciosas que *há* no rio do meu terreno e *estão a* sair dêsse; se não as achei ou não as apanhei, não as fiz minhas. Os frutos pendentes são parte integrante

do terreno (mundo fáctico); separados, os frutos-coisas, que já não são frutos, mas coisas, pertencem a alguém, ou a ninguém, *desde* a separação. O proprietário é dono do fruto estante, ou pendente, como dono da coisa; porque êsse fruto é parte integrante da coisa. Adquiriu-a, *iure accessionis*; não ao fruto. Chamando fruto à parte integrante, cometeríamos o êrro, em que tantas vêzes incorreram os juristas, de identificar fruto com algumas partes integrantes; de modo que fruto não seria senão uma das espécies (subclasses) de partes integrantes. Ora, o conceito de parte integrante é *unitemporal*: o que é parte integrante há de o ser *agora*. Só se pode falar de algo que é parte integrante, para se enunciar: "Isso é parte integrante da coisa A". Quanto a frutos, não; falamos de frutos (e podemos falar) quando *ainda* são parte integrante, quando estão a deixar de ser parte integrante e quando, tendo deixado de o ser, aludimos ao passado, à relação mãe-filho que, com grande probabilidade, deixou de ser. Por isso não se pode dizer, *a priori*, nem, sequer, *de lege ferenda*, que os frutos (separados) pertençam ao proprietário *iure accessionis*: só a lei poderia impor essa concepção da acessão dos frutos separados, – que é falsa, pois não haveria acessão dêles, e sim extensão temporal da propriedade da parte integrante; a parte integrante é que se adquiriu *iure accecionis*. *O bonae fidei possessor* adquire os frutos *ipsa separatione* (art. 510). O proprietário não os adquire, separados, senão porque tem o poder fáctico sôbre êles. O elemento comum é o mesmo; a separação é fato da história da coisa: o fruto-parte integrante independentiza-se; quem o tem à mão o faz seu, *se a lei não diz o contrário*. Portanto, o proprietário, o usufrutuário, o credor anticrético, o possuidor de boa fé. Os legisladores do Código Civil francês, art. 547, disseram: "Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civiles, le croit des animaux appartiennent au proprietaire par droit d'accession". Evidentemente, confundiam acessão e parcialização, além de não entenderem as fontes romanas. Tal referência à acessão passou a outros códigos, inclusive ao italiano de 1865, o que o nôvo corrigiu (art. 821). Tão-pouco é o direito de propriedade que se irradia em direito aos frutos; *os frutos pertencem àquele que, no momento da separação, tem direito à coisa possuída*. Direito à coisa possuída não é, sempre, direito de propriedade da coisa possuída. Se o proprietário, antes da constituição do usufruto para começar de abril, vendeu os frutos pendentes a outrem e a separação só se dá em maio, quando o usufrutuário já está com a posse, tudo se há de resolver em têrmos de *eficácia* da transferência *contra* o usufrutuário. Compra-e-venda, ou outro negócio jurídico, houve e vale; a aquisição da prestação depende de pressupostos da transferência e um dêles falta se, sem ser eficaz, contra

o usufrutuário, a separação *para o adquirente*, a posse está com o usufrutuário. Se, por exemplo, o usufrutuário só recebeu a coisa depois de maio, e o comprador dos frutos pendentes estava na posse do bem frutíparo no momento da separação, o problema resolve-se pelos arts. 510 e 511. (Não é verdade que, na compra-e-venda da coisa futura se exija que o vendedor seja proprietário da coisa no momento em que vem a existir; sem razão, F. DE MARTINO, *Commentario*, III, 54. Para a eficácia nesse momento, sim.). O produto "separado", o fruto tornado coisa, está, pelas circunstâncias, sob o poder fáctico de quem é proprietário, ou possui a coisa. Essa contingência influi para que a lei atribua a propriedade da coisa, *que nasceu*, a quem é dono da coisa-mãe. Não há extensão da propriedade; há propriedade nova, aquisição originária. A razão jurídica que estabelece a nova propriedade serve-se da propriedade, *ou* da posse, sôbre a coisa-mãe, para elemento do seu suporte fáctico. Pode-se mesmo dizer que, *na dúvida*, pertence ao proprietário (cf. P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 468: "in Zweifel"). Se caíu no terreno vizinho, a êle pertence (art. 557), e não ao dono do terreno em que a árvore cresceu. Os frutos separados, se o terreno está na posse de outrem, de boa fé, são dêle, e não do proprietário (arts. 510 e 512). O poder de negociar que tem o dono do prédio quanto aos frutos (futuros), ainda coesos, ou ainda por se formarem, é o de quem negocia com o que pode prever venha a ser seu; porém o possuidor de boa fé, ou de má fé, ou o não-possuidor, também o tem.

(c) Separado da coisa-mãe, o fruto é coisa, objeto autônomo de direito, *finitum*, e os juristas romanos não mais viam relação objetiva entre êle e a coisa-mãe. Qualquer ligação teria de provir do *animus domini* ou da legitimação à percepção (P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 473). No processo, é claro, tinha de caracterizar-se a aquisição pelo possuidor de boa fé: durante êle, a separação não opera a favor do possuidor de má fé, ou do proprietário que não é possuidor, se há possuidor de boa fé. Talvez aí – na proibição de separar durante o processo, *com eficácia* – se haja formado a regra jurídica do direito do possuidor de boa fé, passando ao *direito extraprocessual* (cf. A. PERNICE, *Labeo*, II, 2.ª ed., 347 s.; SERG. V. NIKONOFF, *Die Lehre von der Sequestration*, 28 s.). No direito germânico do sul, fruto era o que se percebia, e quem percebia era dono (eius est fructus qui percepit). No direito germânico do norte, onde era o trabalho que mais importava, em vez do princípio da percepção, regia o princípio da produção: quem semeia colhe, dizia o Sachsenspiegel (cf. B. W. LEIST, *Über die Natur des Eigentums*, 154). A ausência de definição, no Código Civil brasileiro, e a falta de regra jurídica, quanto à aquisição

dos frutos (fora da restituição) traduzem a indecisão entre a economia extrativa de grande parte do território e a economia agrícola, pecuária e fabril de pequena parte.

11. FRUTO DE DIREITO. – Chamar-se *fruto de direito* o que se tira, por exemplo, do exercício do direito de usufruto é levar ao mundo jurídico conceito que pode ser do mundo fáctico ou do mundo jurídico. Os juros são frutos que se produzem no mundo jurídico; mas os frutos, que o usufrutuário colhe, são frutos do bem usufruído, e não frutos do usufruto. O fruto, natural ou civil, é fruto do bem; o usufruto consiste (substância) no uso e no fruto, de modo que haveria contradição em se terem os frutos do bem usufruído como frutos do usufruto. Frutos de direitos teriam de ser direitos, tal como acontece com o direito aos juros do capital, *sors*, de que os juros são a *pecunia percepta*. Foi lamentável a inserção do § 99, 2.ª alínea e 3.ª alínea, *in fine*, no Código Civil alemão. Usa-se sentido diferente de frutos quando se fala de frutos do usufruto, – o a que o usufrutuário tem direito e percebe é fruto do terreno usufruído, *fructus predii*. Grave confusão ressalta, portanto, em se ter por *fruto o* que é *conteúdo* do direito. Certo é que, na L. 49, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1, JAVOLENO disse: "Fructus rei est vel pignori dare licere". Se o poder dar em penhor a coisa é fruto, o sabiniano, que ocupou muitos cargos mas havia de ter algo de insano (cf. PLÍNIO, *Ep.*, VI, 15), não distinguiu, aí, o ser *fruto* e o ser *poder de disposição*. Fruto seria da coisa o *licere dare* dos frutos, por antecipação, como o que o devedor, na anticrese, recebe, à medida que o credor, com os frutos, se paga do capital ou dos juros (art. 805, *verbis* "ceder-lhe o direito de perceber" cf. art. 774, II, quanto ao penhor, *verbis* "a entregá-lo com os respectivos frutos e acessões, uma vez paga a dívida"). Para salvar o texto de JAVOLENO, O. LENEL, na *Palingenesia Iuris Civilis* (Jav., n. 190), leu-o como se se tratasse de reconhecer ao usufrutuário o direito de empenhar o usufruto. Seja como fôr, o sabiniano foi infeliz na frase e já G. E. HEIMBACH (*Die Lehre von der Frucht*, 4, nota 1) frisava não ter qualidade de fruto a empenhabilidade, em si. Os legisladores alemães deixaram-se levar por expressões romanas (*fructus servitutis*, *fructus possessionis*, etc.), que não correspondiam ao exato conceito de *fructus*, tal como aparecia nos textos romanos. Daí a artificialidade do conceito do Código Civil alemão, que, aí, lamentàvelmente, em vez de servir, desserviu à ciência.

12. LUCRO E FRUTOS. – Frutos são o que o bem produz, sem se lhe atingir a substância. Mas é possível falar-se, atècnicamente, de frutos

como o *lucro líquido*, em vez de *produto* ou *lucro bruto*. Invoca-se regra jurídica romana, para justificação de tal sentido. Sem razão. Na L. 36, § 5, D., *de hereditatis petitione*, 5, 3, diz-se que se entendem os frutos depois de deduzidos os gastos, que se fizeram para se obterem, colherem e conservarem, – o que, acrescenta PAULO, a razão natural (*naturalis ratio*) exige, não só respeito aos possuidores de boa fé, sim também quanto aos de má fé, *sicut Sabino quoque placuit*. Cf. art. 513, *in fine*. No texto de PAULO não há *outro* conceito de fruto; há regra jurídica sôbre restituição de frutos, ou, melhor, regra jurídica de interpretação das regras jurídicas ou negócios jurídicos em que se fale de se restituírem frutos. Não há contradição; o conceito de frutos, que é do mundo fáctico e um só, não se encolhe, ou diminui, tornando-se fruto menos despesas. Aliás está em ULPIANO (L. 46, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1); não há dúvida em que o que se gastou na coleta dos frutos se deve diminuir dos mesmos frutos (Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere). O *debere* já é no plano da eficácia jurídica, em momento posterior, portanto, à entrada, no mundo jurídico, de suporte fáctico em que há *fructus* e há o que se gastou em despesas para os ter e perceber *quod in fructus redigendos impensum est*. Não no viu HANS REICHEL (Der Begriff der Frucht, *Jherings Jahrbücher*, 42, 236 s.). Tão-pouco é de admitir-se o conceito de *fructus*, que arquitetou LEO V. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, I, 201 e 248), da *universitas fructuum*, a que se seguiu o de L. KUHLENBECK (*Von den Pandekten zum BGB.*, I, 279 s.), para quem o conceito de fruto havia de ser como o de dote, ou pecúlio, *universitas* (282), portanto como conteúdo em liquidação, ou a liquidar-se. Tal conceito correspondeu a certa época, a do auge da prosperidade capitalística, no fim do século passado, quando era possível gastar-se sem se ter do patrimônio e dos frutos conceito de ativo que se "expõe" ao passivo: tudo se passava como se patrimônios ou frutos fôssem felizes conglomerados em constante liquidação. O líquido, a dedução mesma, só se apresenta, em verdade, para a *restitutio fructuum* ou para a *repetitio fructus*; e foi pena que os defensores dos conceitos genuínos de patrimônio e de frutos, no repelirem os novos conceitos anti-históricos e assistemáticos, não tivessem tido a verdadeira compreensão dos textos romanos em que se aludiu à dedução das despesas (L. 38, § 14, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1; L. 36, § 5, D., *de hereditatis petitione*, 5, 3; L. 7, pr., D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3; L. 10, § 20, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 42, 8; L. 10, § 9, D., *mandati vel contra*, 17, 1; L. 65, § 5, D., *de condictione*

indebiti, 12, 6). O que importa é extrair-se o conceito de *fructus* onde havia definição ou exemplificação dêle, e não onde apenas se redigiu regra jurídica sôbre restituição ou repetição de frutos. Na história do direito romano, veio-se, aos poucos, explicitando o conceito de *fructus*, a partir do conteúdo primitivo, só referente aos vegetais; chegou-se, depois, à discussão e inclusão dos juros como frutos. Não se foi além; nem seria acertado que se fôsse.

Pretendeu LEO V. PETRAZYCKI (*Die Lehre vom Einkommen*, I, 264) distinguir os frutos brutos e os frutos líquidos (Bruttofrüchte, Nettfrüchte). Mas é evidente a confusão entre frutos e lucros. Tem o mesmo defeito fundamental que a divisão dos frutos em frutos de percepção e frutos de restituição. Além disso, há restituição e repetição de *fructus percepti*.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 140. A – Legislação

Na conformidade do art. 176 da CF/1988:

"Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1.º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2.º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3.º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4.º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida."

De seu turno, dispõe o art. 1.230 do CC/2002: "A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos

minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial".

A Lei 8.901, de 30.06.1994, que regulamentou o § 2.° do art. 176 da CF/1988, alterou dispositivos do Dec.-lei. 227/1967 (Código de Mineração).

§ 140. B – Doutrina

A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais. Isto porque as riquezas do subsolo são objeto de propriedade distinta para efeito de exploração e aproveitamento industrial, na conformidade dos arts. 176 e 177 da CF/1988. Nesse sentido, dispõe o art. 1.230 do CC/2002.

A pesquisa e a lavra de minas dependem de autorização do órgão competente da União.

Aquele que obtiver autorização federal e se existir usufruto incidente sobre o imóvel deverá estabelecer com o usufrutuário "a extensão do gozo e a maneira de exploração" (art. 1.392, § 2.°, do CC/2002).

Pode existir em um mesmo imóvel, o proprietário do solo e outro que esteja autorizado a explorar a mina existente no prédio. Nesta hipótese o proprietário do solo tem direito a ser indenizado.

§ 141. MINAS

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. – À massa de substâncias "minerais" ou "fósseis", existentes no subsolo, ou no solo, que podem ser industrialmente utilizados, chamou o Código de Minas (Decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934) *jazidas*; e à jazida, na extensão concedida, ao conjunto de *direitos*, *pretensões* e *ações*, que fazem o conteúdo do direito de propriedade da jazida concedida, e aos resultados e efeitos da exploração, mais o título mesmo e a concessão, – chamou *mina*. O legislador, contra as indicações de técnica legislativa, em vez de se ater ao falar comum e à tradição terminológica, usou de todo êsse conceituar redundante, para dizer que à mina, antes de concedida, – chamaria *jazida*; e à mina, depois de concedida, como coisa ou como direito e pretensões, – mina. Seja como fôr, essa atitude, que se vinha acentuando no direito administrativo brasileiro, teve função meramente *abreviativa*. O Código de Minas, saindo depois da Constituição de 1934, pôsto que assinado antes dela, encontrou textos constitucionais que já atendiam a essa dicotomia de intuitos práticos. O conceito de "mineração", no art.

5, XIX, *j*), da Constituição de 1934, como o de "minas", no art. 16, XIV, da Constituição de 1937, de modo nenhum aludia a êsse corte temporal, que serviu à distinção conforme a anterioridade, ou a posterioridade, em relação à permissão de explorar. Tanto nos *Comentários à Constituição de 1934* (I, 267) quanto nos *Comentários à Constituição de 1937* (I, 433) abstraímos da cisão conceptual e calcamos a definição na que traduzia o pensamento legislativo do Brasil, contida no art. 1, pr., da Lei n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915. O direito administrativo brasileiro continuou empregando, com ou sem a discriminação relativa à permissão, os dois têrmos (jazida, mina); porém verdade é que ela não penetrou no direito constitucional em 1934, nem entrou no texto de 1937, nem no de 1946, exceto para distinção quanto ao direito de preferência. Na língua portuguêsa, não é velho o significado de massa de substâncias minerais ou fósseis, de valor econômico, atribuído a "jazida". AZURARA, na *Tomada de Ceuta*, falou de "jazeda", lugar em que alguém jaz (*e. g.*, jazeda de mortos); e JOÃO DE BARROS, nas *Décadas*, de jazeda, lugar para estância dos navios, ancoradouro ou amarração. Não era outro o significado de jazida nos *Comentários* de AFONSO DE ALBUQUERQUE, nem aquê que está nos *Sermões* de DIOGO DE PAIVA DE ANDRADE. No Dicionário de FRANCISCO SOLANO CONSTÂNCIO, 4.ª ed. de 1852, o nôvo sentido não aparecia, e mal repetia êle a ANTÔNIO DE MORAIS E SILVA (3.ª ed., 1823, II, 128). No *Dicionário Contemporâneo* de F. J. CALDAS AULETE, suprimiu-se "jazeda" e manteve-se o que se lia em ANTÔNIO DE MORAIS E SILVA. A legislação setecentista refere-se a minas descobertas, ou por se descobrirem (*e. g.*, Alvará de 27 de setembro de 1733), e de se buscarem minas de prata ou quaisquer outros minerais.

No sistema da Constituição de 1891, antes da Lei n. 4.265, de 15 de janeiro de 1921 (art. 5), a propriedade das jazidas minerais ou, melhor, das minas – era, como a de produtos orgânicos, direito incluído no de domínio. A mina era, portanto, *parte integrante essencial.* (O Código Civil, art. 61, I, revelou bem parca precisão terminológica, atribuindo relação de acessoriedade aos produtos orgânicos.) Os produtos orgânicos *ou* são partes integrantes, *ou* se separam e são coisas à parte; e, sendo coisas à parte, *podem ser pertenças*. A mina era *parte integrante essencial* do solo. Chama-se parte integrante essencial parte integrante que não pode ser objeto de direito real separado. Não posso alienar o prédio (no direito brasileiro) sem o terreno; no direito que foi o nosso entre 1891 e 1921, a mina, sendo parte integrante essencial, não era suscetível de direito real em separado. Cumpre estudar a transformação que se operou.

2. MINAS, CONCEITUAÇÃO. – No texto da Constituição de 1946, o art. 152 disse que "as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas de água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial". Naturalmente, é a lei que dá os *limites ao conteúdo* do direito de propriedade, inclusive das minas; todavia, a Constituição mesma, no art. 153, estatuiu: "O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei". O aproveitamento, não a propriedade. Ainda quanto a êsse aproveitamento, os §§ 1.° e 3.° trataram dos pressupostos para êle: "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a Brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acôrdo com a natureza delas" (§ 1.°). Êsse § 1.° sofreu a influência do Código de Minas, e era de esperar que sofresse, uma vez que, existindo legislação sôbre preferência, que criou a dicotomia "jazidas, minas", o fato de se não referir a jazidas poderia ser interpretado como excludente de qualquer direito de preferência do proprietário do solo às pesquisas, permissão estatal que, conforme veremos, de modo nenhum se liga, històricamente ou em sistemática jurídica, à propriedade *distinta da mina*. As idades a que se prendem os arts. 152 e 153 são assaz distantes uma da outra. Foi *necessitatis causa*, devido ao direito administrativo de 1934-1946, que o art. 153, § 1.°, teve de se referir a jazida. A Constituição de 1934 não precisava fazer a dicotomia, porque o seu art. 119, § 1.°, era redigido de maneira a não precisar de qualquer referência a minas ou minas e jazidas: "As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a Brasileiros e a emprêsas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação aos lucros". No § 4.°°, teve de ser explícita: "A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas de água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país". No § 3.° do art. 153, a Constituição de 1946 tratou da passagem das atribuições de autorização e concessão aos Estados-membros, assunto que aqui nos escapa.

3. SUBSOLO E MINAS. – Se bem que às vêzes se entrelacem a *história* do direito de propriedade do solo e a *história* do direito do Estado a permitir a exploração, as duas linhas históricas partem de momentos diferentes, e não raro se separam, prosseguindo sòzinhas. Os proprietários do fundo tinham direito exclusivo sôbre o subsolo, ou sôbre o que se superpunha. Quanto

às substâncias a que hoje chamamos minerais ou fósseis, a regra era, a princípio, inexcetuada (ULPIANO, na L. 7, § 14, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3); e, separada a greda, a prata, ou o ouro, ou a areia, certamente seria fruto. Tanto segundo JAVOLENO quanto segundo ULPIANO, devia haver *renascimento* ou *acréscimo de valor* ("renascuntur", "crescunt"). A expressão "fodina", que se emprega nos textos, corresponde a mina em exploração ou lavra, porque *fodio* é cavar, de onde "fossa". O direito romano tinha, pois, as minas como partes integrantes essenciais do solo. Tais partes, quando dão renda ao fundo, se tornam frutos. A lição vem-nos de ULPIANO, na L. 7, § 13, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 23, 3, se bem que criador de dúvidas o texto: o mármore cortado, o "marmor caesum", que fêz mais produtivo o fundo, "fundum fructuosiorem fecerit", é fruto. Cf. L. VON PETRAZYCKI (*Die Lehre von Einkommen*, I, 88). A primeira limitação do conteúdo do direito de propriedade foi, talvez, a da L. 13, § 1, D., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*, 8, 4: "Se consta que em teu campo há pedreiras, quem não tem direito a fazê-lo não pode, a título (de direito) privado ou público, extrair pedras contra tua vontade, salvo se em tais pedreiras há tal costume, como se, para alguém delas extrair pedras, não o faça senão pagando para isso, antes, ao dono o preço acostumado (nisi prius solitum solarium... praestat); porém há de tirar as pedras depois de satisfeito o dono (com as que tirou), de modo que se não interrompa o uso da pedra necessária, nem ao dono que tem direito se elida a utilidade da coisa". O costume, *consuetudo*, de que aí se falava, era costume *regra jurídica*. Portanto, limitação consuetudinária ao conteúdo do direito de propriedade. Nas províncias, o Estado tinha direito de propriedade sôbre o solo, de modo que o direito dêle sôbre as minas havia de ligar-se a isso. A *Lex Metallorum Vispascensis*, §§ 7 e 9, e o Código Teodosiano, *de metallis et metallariis*, 10, 19, disseram que ainda particulares podiam ocupar minérios mediante *solário*. Na L. 3, C., *de metallariis*, 11, 7, disse-se que "quaisquer (do povo) que, em lugares de particulares, buscam, com laboriosas excavações, veios de mármore, entreguem ao fisco a décima parte e outra ao dono, reivindicando para seus próprios intentos a quantidade restante". Percebe-se bem que se dava a apropriação do mármore cortado, e não da pedreira. Estava-se pelo quarto século depois de Cristo. A separação entre o *direito de propriedade* e o *direito de buscar* (pesquisar) *minérios*, dependendo êsse de ato jurídico do Estado, é de origem germânica, atendendo à consideração de que, para a busca ou investigação, devem intervir pressupostos subjetivos que não coincidem com os fáceis pressupostos do *acesso* à propriedade. Cumpre,

porém, observar-se que o direito de pesquisa funcionou como limitação ao conteúdo do direito de propriedade, e não como direito a *outra* propriedade. A linha histórica da concepção da propriedade distinta é inconfundível com a do direito à pesquisa. Na península hispânica, as minas eram do Estado, de Roma, e apenas se permitia a ocupação, com a permissão e a fiscalização do Estado. Descobriu-se, em 1906, em Portugal, a *lex metalliis dicta* da mina portuguêsa de Ajustrel, que nos revelou o regime romano-peninsular (cf. MISPOULET, *Nouvelle Revue Historique*, 31, 345 s.). Temos, pois, que, do Estado ou dos particulares, a mina foi sempre, no direito romano e no provincial, *parte integrante*.

4. REGALIA MINEIRA E PRINCÍPIO DA LIVRE PESQUISA. – A valorização econômica das minas aguçou a vontade de poder dos príncipes e os reis francos invocaram a *regalia mineira*. A propriedade do fundo cindiu-se em propriedade do solo e propriedade da mina, o que se refletiu em Portugal, nascendo o direito realengo às minas, o "direito real" (do rei) de que falam os textos, inclusive o afonsino. Nas Sete Partidas, lá está êle. De lá passou aos costumes portuguêses, como primeira fase da cisão econômico-jurídica da propriedade. Mas o direito romano atuou como antítese a êsse germanismo estatal; não mais o direito da província, e sim o direito de Roma. Não se poderia pensar em volta aos décimos pagáveis ao fisco e ao proprietário particular. Desde o reinado de D. Duarte que se procurou atenuar o medievalismo da cisão, iniciado lá pelo século X. Nas Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 26, havia um "Item", que se referia a "Disseram as Leis Imperiais", e depois: "Direito real he argentaria, que significa veas douro, e de prata, e qualquer outro metal, os quais todo homẽ poderá livremente cavar em todo lugar, contanto que ante que o comece a cavar, d'entrada pague a El Rey oito scropulos d'ouro, que valem tanto, como hũa coroa d'ouro cada huũ; e aallem destes oito scropulos d'ouro, que asy há de pagar d'entrada, por assy cavar qualquer metal, aquelle, que cavar ouro, por seer em y mais nobre, e mais excellente metal, que outro nenhuũ, pagará mais em cada huũ anno ao dito Senhor sete scropulos d'ouro; e quando qualquer outro metal, que nom seja ouro, cavar, pagará cada huũ anno huã libra de quatorze onças; e aalem desto pagará mais a El Rey de todo metal, que purifica, duas dizimas, se o dito metal for cavado em terra d'El Rey; e seendo cavado em terra, que seja de alguã privada pessoa, pagará ao dito Senhor Rey huã dizima, e outra pagará ao Senhor da terra, e tôda a outra maioria será daquele, que o houver cavado". Analisando êsse § 26 nota-se-lhe que já se concebe a *concessão*

como negócio jurídico de direito público e já se chegou ao *princípio da livre pesquisa do minério*, que deu nome à cidade de Freiberg (mina livre). O princípio da livre pesquisa, *mediante concessão*, nasceu em antítese à propriedade dos príncipes, que era a regra; não em antítese à propriedade dos particulares. As Ordenações Afonsinas, no texto citado, já o consignavam, de maneira inconfundível: "...todo homem poderá livremente cavar em todo lugar, *contanto que*, ante que o comece a cavar, d'entrada pague a El Rey oito scropulos d'ouro...". As Ordenações Afonsinas não cindiam a propriedade particular, pois reconheciam o direito dos donos de terras privadas a uma dízima. As Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, diziam: "Direito real é poder o Príncipe tomar... os veeiros e minas de ouro, ou prata, ou qualquer outro metal". A redação do Título 26, com as suas elipses desabusadas, é defeituosíssima; de modo que não se poderia saber, pela interpretação literal, qual o *conteúdo* de tal direito do soberano: se era o de domínio ou o de direito formativo gerador, como hoje diríamos. No Título 28, pr., tratando-se das doações feitas pelo Rei, "e per os Reis nossos antecessores", a despeito das "cláusulas muito gerais e exuberantes", foi dito que se não entendiam dados "os veeiros e as minas". MELO FREIRE (*Institutiones*, III, 23) não falou da cisão: à concessão, mediante tributo, é que se refere. MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Notas de uso prático*, III, 142) escreveu: "Pelo que respeita às minas metálicas subterrâneas, é hoje sem dúvida serem um direito real, não só no nosso Reino; mas nas mais nações da Europa; ainda mesmo que as minas se façam e os metais se achem em prédios particulares". Verdade é que a concessão pelo príncipe sòmente se passava no plano do direito público; mas os juristas tiraram daí que, no plano do direito privado, a separação da *propriedade* das minas, que se fazia, medievalmente ou, por sobrevivência monocrática, depois, tinha de ser interpretada, no caso de concessão, como separação *privatística*. Não há dúvida que isso atendia a uma das leis de evolução jurídica; ainda mais: a que os soberanos mesmos já começavam a afrouxar o laço publicístico da concessão. Todavia, as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, e Título 28, pr., lá estavam, irrevogadas, pelas não haver revogado a Carta regia de 12 de agôsto de 1817. Um problema (*a*) era o da propriedade do solo pelo Estado ou do solo pelo particular; outro (*b*), o da cisão entre a propriedade do solo e a mina; outro (*c*) o da livre pesquisa, mediante concessão e paga de prêmio. O problema (*a*) não envolvia, de modo nenhum, o problema (*b*) ou o problema (*c*). A propriedade do terreno poderia ser do Estado, como fôra, ao tempo das províncias romanas, de Roma; ou dos particulares, como se

estabelecera desde o antigo direito romano. A cisão entre a propriedade do solo e a mina poderia ser no plano só publicístico. O Estado sòmente permite e fiscaliza. A livre pesquisa poderia ser sem depender de permissão prévia estatal, ou mediante ela. Ora, a livre pesquisa, sem permissão prévia, em terras devolutas ou do Estado, seria praticável; a livre pesquisa sem permissão prévia, em terras particulares, geraria conflitos sem conta, porque estabeleceria o acesso às terras alheias e a escavação sem medida e ao arbítrio do pesquisador. Para bem se ver como se dividiam as opiniões entre as Ordenações Filipinas e a legislação anterior à Constituição de 1891, basta que citemos alguns dos escritores do século XIX: TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, art. 52, § 2.º) sòmente considerou do domínio nacional as "minas e terrenos diamantinos", construindo o direito do Estado como direito real sôbre o interior do solo (nota 20), à semelhança do direito de superfície, que alguns sistemas jurídicos conhecem (o direito brasileiro daquele tempo conhecia o direito real sôbre o pau-brasil). O consolidador invocava as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, Título 28, pr., e Título 34, § 10, o Alvará de 24 de dezembro de 1732, art. 9.º, a Lei n. 374, de 24 de setembro de 1845, art. 9.º, e a Lei de 18 de setembro de 1850, art. 16, § 4.º. No art. 903, TEIXEIRA DE FREITAS interpretava o Decreto de 27 de janeiro de 1829, como eliminatório da limitação do direito de proprietário a explorar a mina de sua propriedade. Mas, em verdade, ¿que dissera o Decreto de 27 de janeiro de 1829, em que se apoiou? Que os proprietários tinham direito de pesquisa em suas terras e de mineração, ficando sujeitos à legislação do Império. Tratava-se de decreto, e não de lei. Disse P. G. T. VEIGA CABRAL (*Direito Administrativo brasileiro*, 389), citando a Lei de 24 de dezembro de 1734, a Resolução de 25 de outubro de 1932, o Decreto de 31 de maio de 1833, a Resolução de 24 de setembro de 1845, o Decreto n. 665, de 6 de setembro de 1852, e as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 16, que as minas de diamantes, de ouro, de prata e de outros minerais, ou produtos químicos naturais, *pertenciam* ao Estado: não podiam ser exploradas sem permissão do Govêrno. LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA (*Direito das Coisas*, I, 78 s.) incluía no domínio do terreno a "riqueza material" (pedreiras; minas de sais, de metais, de carvão de pedra e quaisquer outros produtos materiais, exceto as minas de diamantes, que seriam as únicas minas propriedade do Estado). Daí concluir que "as concessões de privilégios que o Govêrno Imperial está no hábito de fazer a nacionais e estrangeiros, para explorarem minas de ouro, prata, carvão de pedra, existentes em terrenos particulares, são verdadeiros atentados contra o direito de propriedade". A legislação,

que êle citava, era apenas: o Decreto de 29 de janeiro de 1829, o Decreto de 18 de dezembro de 1851, a Lei de 28 de outubro de 1848, art. 33. A verdadeira interpretação era a que atribuía a propriedade das minas ao Estado, a despeito do art. 179, § 22, da Constituição de 1824, que garantia "o direito de propriedade em tôda a sua plenitude". Nesse sentido, foi o Parecer do Conselho de Estado, a 19 de agôsto de 1866, seguido de Resolução Imperial de 13 de outubro de 1866 e da Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867. No Congresso Constituinte de 1891, a emenda de José Higino e outros introduziu no texto da Constituição a 2.ª alínea do art. 72, § 17: "As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria". *Volvia-se, assim, à concepção da mina como parte integrante*, porém não se poderia dizer que a Constituição houvesse decidido sôbre o ser parte integrante *essencial* ou parte integrante *não-essencial*. Êsse problema, mal pôsto pelos juristas, os atormentava; e um dêles ainda sustentava que a limitação poderia consistir em continuarem do Estado as minas, o que, diante do art. 72, § 17, alínea 2.ª, era absurdo. Lacerda de Almeida (*Direito das Coisas*, I, 95) deu a devida resposta a Dídimo da Veiga, que pretendera haver dúvida sôbre o titular do direito de propriedade quanto às minas diante do art. 72, § 17, da Constituição de 1891. Restava *construir*, jurìdicamente, a categoria jurídica que o art. 72, § 17, alínea 2.ª, implicava. A categoria da acessão era imprópria, porque a mina não é *res* ou parte de outra *res* que aceda ao solo. Sòmente poderia ser, segundo a concepção romana e a concepção da Constituição de 1891, parte integrante. O seu conteúdo estava sujeito a limitações, como, a despeito da "garantia em tôda a sua plenitude" o próprio conteúdo do direito de propriedade. A categoria da mina era a categoria romana em sistema de direito cuja concepção da propriedade já havia saído, embora sem as explicitudes de 1934, de 1937 e de 1946, dos moldes absolutistas romanos. A doutrina, que não se preocupou com o problema, pelo vício, que então se desenvolvia, de discutir problemas de outros sistemas jurídicos, ia da construção do direito à mina como *acessão* (Lacerda de Almeida, *Direito das Coisas*, I, 95, meio vacilante), êrro evidente, até a da propriedade distinta, de natureza *sui generis*, como sugeria Pandiá Calógeras (*As Minas do Brasil*, III, 16-57). Na verdade, a Constituição de 1891 deixava em aberto a questão da essencialidade ou não-essencialidade da parte integrante, mas sòmente a concepção da mina como parte integrante poderia caber no texto. A hipoteca da mina em separado, categoria que nos vinha da Instrução de 1.º de setembro de 1836, art. 7.º, estabelecia a *incidência de direi-*

to real sôbre parte integrante, não a permissão de direito de propriedade sôbre a mina, por parte dos particulares. Não se criara a propriedade distinta da propriedade do solo; e sim, tão-só, a hipotecabilidade, como exceção ao princípio de não haver hipoteca de *parte do bem*. A Lei n. 4.265, de 15 de janeiro de 1921, art. 5.°, veio *desessencializar* como *parte integrante* do solo a mina. Passava essa a ser parte integrante não-essencial. Foi essa a situação que a Constituição de 1934 encontrou. Ao estatuir que o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente na data da sua promulgação não dependia de concessão ou de autorização, como também a "exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa", de modo nenhum se referia à propriedade: referia-se à atividade *iniciante* e *fiscalizadora* do Estado, ao princípio da autorização ou concessão da mina. Êsse princípio *limita* o conteúdo do direito de propriedade. A Constituição de 1934 afastou, quanto às minas em lavra a 16 de julho de 1934, essa limitação. A ação que teriam os exploradores de tais minas, necessàriamente em terras suas, porque o art. 118 da Constituição mantinha o princípio vitorioso em 1891, seria *declaratória*. Exigir pedidos de autorização aos proprietários que as exploravam seria contra a Constituição de 1934, art. 119, § 6.°. Nas terras em que alguma exploração havia a 16 de setembro de 1934 permissão de pesquisa poderia haver, sem, contudo, ferir os direitos do proprietário que já a explorava. Aqui mais uma vez é relevante a diferença entre *propriedade*, direito de *pesquisa* e *autorização* para explorar. Os donos de minas em exploração a 16 de setembro de 1934 não precisariam de permissão para pesquisar porque já haviam descoberto, *ex hypothesi*, já exploravam e já eram proprietários.

5. PRINCÍPIO DA LIVRE PESQUISA. – O princípio da livre pesquisa é limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Dela promana a *pretensão à permissão* (autorização ou concessão da pesquisa), que se não confunde com a *pretensão à autorização* ou *concessão da mina*. É interessante observar que a fusão dos três princípios (propriedade; estatalização da permissão da pesquisa, em vez da permissão costumeira, à feição romana; e autorização ou concessão da mina) levou à criação do direito de preferência do proprietário do solo para pesquisar e para explorar, como, na brecha que a *regalia* do direito às minas fizera na propriedade dos terrenos, se avançou para a cisão do direito de propriedade em direito de propriedade do solo e direito de propriedade da mina. Em têrmos de categorias jurídicas, o direito realengo às minas, limitando o conteúdo do direito de propriedade, tirara às minas o caráter de partes integrantes

essenciais do fundo, como o direito romano fixara, e *publicizara* o direito às minas. A pressão do indivíduo contra o regalismo levou essa tendência à limitação a transformar-se em direito do Estado à permissão e à fiscalização, em desessencialização da parte integrante, fazendo-a suscetível de ser objeto de outro direito real.

Há limitações ao conteúdo do direito de propriedade que produzem direitos de vizinhança e limitações que os não suscitam, tais como as limitações trazidas pelas regras sôbre desapropriação pelo Estado, e pelas regras que conferem ao Estado o permitir, ou não, certa exploração. Os arts. 146, 147, 148-151 e 153, entre outros, da Constituição de 1946 criam limites dessa natureza ou permitem à lei criá-los. Os direitos do Estado que se baseiam no art. 153, pr., e § 1.º são o *anverso* de limitação ao conteúdo do direito de propriedade; e não direitos reais, ou de propriedade estatal. O Código de Minas (Decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934) dera o prazo de um ano aos proprietários de jazidas conhecidas para o *manifesto*, conforme o art. 10. O Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, já veio no regime da Constituição de 1937 e encontrara expirado o prazo que a Lei n. 94, de 10 de setembro de 1935, prorrogara. A Constituição de 1937, art. 143, manteve a concepção de 1921, tal como recebera a Constituição de 1934, frisando, porém, depender, sempre, de autorização, exceto as que se achassem em exploração, industrialmente, a 10 de novembro de 1937. A Constituição de 1946, art. 152, prosseguiu no conceber a propriedade da mina como distinta. A mina é parte integrante não-essencial; descoberta e explorada, de acôrdo com a lei, separa-se, faz-se à parte, *distinta*. Essa distinção é feita pelos meios jurídicos, um dos quais é o do registo que a lei adote (juridicização da distinção, à semelhança da juridicização do loteamento ou da comunhão *pro diviso* dos apartamentos). Porém o art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veio retomar a data de 16 de julho de 1934 para edictar a regra sôbre as minas em lavra àquela época: "Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas de água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934, e, nestes mesmos têrmos, a exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa; mas tais aproveitamentos e explorações ficam sujeitos às normas de regulamentação e revisão de contratos, na forma da lei". A Constituição não se referiu a qualquer outro pressuposto necessário que a existência de mina e ter estado em exploração a 16 de julho de 1934. Por outro lado, sujeitou êsses casos à regulamentação – *a partir de 18 de setembro de 1946* – e à revi-

são de contratos, na forma da lei. É preciso que se faça a lei para êsses casos, regidos pelo art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É evidente que a legislação futura não pode exigir *autorização* para a exploração, porque, se o fizesse, elidiria a norma constitucional. A exigência de manifesto ou qualquer outra tem de vir em lei. Nos *Comentários à Constituição de 1946* (IV, 255) escrevemos: "As quedas de água já utilizadas industrialmente a 16 de julho de 1934 não mais dependem de concessão ou autorização, bem assim as minas em lavra, ainda que temporàriamente suspenso o aproveitamento ou a exploração. Isso não os exclui de serem sujeitos a normas de regulamentação que sobrevenham e de revisão de contratos, quando a lei a ordenar ou permitir. Não é preciso que a lei aluda especialmente a essas águas ou a essas minas". A Assembléia Nacional Constituinte de 1946 conhecia o problema e todos os argumentos *de iure condendo*. Satisfez-se com a solução que deu. *De iure condito*, não se referiu às minas em lavra *que foram manifestadas*, porém simplesmente às minas em lavra. Tão-pouco, podendo escolher, nessa *recherche du temps perdu*, a data de 10 de novembro de 1937, abstraiu da Constituição de 1937 e foi retomar o 16 de julho de 1934. As minas em lavra a 16 de julho de 1934 sòmente podem ser sujeitas a exigências novas, não se tendo, sequer, a situação criada, àquele tempo, pelo Código de Minas, datado de 10 de julho. Entre elas está a de registo (transcrição, inscrição, ou o que quer que seja).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 141. A – Legislação

Vide comentários ao § 140.

§ 141. B – Doutrina

Vide comentários ao § 140.

§ 141. C – Jurisprudência

A Súmula 238 do STJ dispõe: "A avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no Juízo Estadual da situação do imóvel".

§ 142. COISAS PRINCIPAIS E COISAS SECUNDÁRIAS

1. O ART. 58. – O Código Civil, art. 58, fala de principalidade (1.ª parte: "Principal é a coisa que existe sôbre si, abstrata ou concretamente") e de acessoriedade (2.ª parte: "Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal"). O primeiro reparo a fazer-se é quanto a êsses dois conceitos: principal e acessório. O que se opõe a principal é mais (as pertenças não são acessórios) e menos (se se inclui em "acessórios" o que se menciona no art. 61, III, tais bens deixam de ser independentes, para se tornarem partes integrantes, e não há pensar-se em principalidade). Em verdade, o que há são *coisas principais* e *coisas secundárias*, abrangendo essas as pertenças e "acessórios" não pertinenciais. Por outro lado, a palavra "accessio" tinha conteúdo múltiplo, sentido técnico e sentidos atécnicos, entre os juristas romanos. Os sentidos atécnicos, a julgar-se pela profusão dos textos, compunham o sentido lato, o de objeto de negócio que teria de ter a mesma sorte do objeto de outro negócio jurídico, ou de objeto que deveria ser tido como objeto de negócio jurídico, que dêle não falou, pela com-sorte. Por vêzes, há referência, explícita ou implícita, à vontade presumida de quem negocia (cf. H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 73 s.). Dêsse sentido lato, alusivo à interpretação da vontade, foi que se tirou o conceito amplíssimo de *acessório*, de que lançou mão TEIXEIRA DE FREITAS (*Esbôço*, arts. 368-380), em três páginas que maculam a sua obra. Basta dizer-se que acessórios seriam os frutos e as coisas "que estão ou estiveram, natural ou artificialmente aderentes ao solo", ou "as coisas *aderentes* ao solo, por êle produzidas", "as coisas aderentes ao solo, não por êle produzidas", as coisas adjuntas, a especificação, em relação a uma das matérias, ou a coisa confusa. O Código Civil (arts. 58-64) atenuou o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS; mas a verdade é que se introduziu em lei sentido não-técnico, imprestável por vago e compreensivo de fatos jurídicos e acontecimentos do mundo fáctico extremamente díspares. Já B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 710; nas ed. anteriores, § 143, *in fine*) clamava ser juridicamente inutilizável, por sua indeterminação, o conceito de acessório (Nebensache, acessão): "Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar". Metiam-se na mesma categoria pertenças, frutos, *partus ancillae*, o tesouro, a *alluvio*, a *avulsio*, *o alveus derelictus*, a *insula in flumine nata*. Ora, exatamente a classe mais típica, a das pertenças, não acessora, não é acessório, é ajudante; donde ter dito J. KOHLER (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26, 42): "Pertenças não são coisas

acessórias, mas coisas ajudantes" (Pertinenzen sind keine Nebensachen, sondem Hilfssachen). O que dá a ilusão da acessoriedade é a com-sorte, cujo princípio *também* se invoca a respeito dos frutos e outros bens.

2. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 58 E 64. – Para serem úteis, os arts. 58 e 64 têm de ser interpretados como expressivos de diferentes classes de bens em relação de uns com os outros. Por método, tem-se de começar pelo art. 58, que diz: "Principal é a coisa que existe sôbre si, abstrata e concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal". As Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 109, trataram do mútuo; as Ordenações Manuelinas não as copiaram; as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 43, discorreram (é o têrmo) sôbre o contrato de comodato e, no § 2, ao falarem da responsabilidade do comodatário, estatuíram: "E não sòmente se lhe imputará o dolo e a culpa grande, mas ainda qualquer culpa leve e levíssima, assim pela coisa principal como pelo acessório. E portanto, se um emprestasse uma égua a outro, a qual consigo levasse um poldro, a mesma obrigação terá na guarda do poldro que na da égua". As crias dos animais são frutos, e não pertenças; são frutos, porque são produtos resultantes do destino econômico dos animais. A expressão "acessório" foi posta, contudo, de propósito, para maior abrangência. No Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850, art. 537, corrigiu-se isso: "Na avaliação da propriedade se devem compreender as suas pertenças e partes integrantes". No Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art. 137, § 1.°, disse-se que "a hipoteca abrange o imóvel com tôdas as pertenças e servidões ativas". Por isso, CARLOS DE CARVALHO (*Nova Consolidação*, art. 182), fundiu os conceitos: "Os bens são principais ou acessórios. Êstes compreendem as pertenças e o são natural ou industrialmente". Porém teve de acrescentar: "Consideram-se acessórios: *a*) as servidões ativas com os imóveis; *b*) os frutos; *c*) as acessões naturais e civis; *d*) as benfeitorias". A isso obrigaram-no os arts. 137, §§ 2.°-6.°, e 138 do Decreto n. 370. Seja como fôr, os dois conceitos, o de *pertença* e o de *acessório* eram distintos, sendo êsse, no Decreto n. 370, não abrangente daquele (o que faz lembrar a J. KOHLER, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jherings Jahrbücher*, 26, 42: as pertenças não são acessórios, são coisas ajudantes), pois separou "o imóvel com tôdas as suas pertenças e servidões", "os acessórios hipotecados com o mesmo imóvel" e as "benfeitorias". Mais ainda, excluiu dos acessórios as "acessões". No Código Civil, art. 811, 1.ª alínea, foi dito: "A hipoteca abrange tôdas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel". Essa regra jurídica, *dispositiva*, tem de ser lida como se dissesse:

"A hipoteca abrange, além de quaisquer partes integrantes (*ius cogens*), as pertenças, se são da propriedade do dono do imóvel (incluídos os frutos necessários à próxima cultura, porque são pertenças), ou que o vieram a ser, e as construções".

No Código Civil argentino, arts. 2.361 definiram-se coisas principais, – "las que puedem existir para si mismas e por sí mismas". No art. 2.362, as acessórias, – "aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, ó á la cual están adheridas". Essa confusão entre *existência* e *função*, de que foi vítima C. DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoleón*, IX, 2.ª ed., 29; não assim TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço*, art. 368) se refletiu no Código Civil argentino e no brasileiro. As duas definições são imprestáveis. *Coisa principal é aquela em relação à qual outra coisa é destinada a lhe servir ao fim econômico, ou social, ou cuja sorte as regras jurídicas atribuem influir na sorte de outra.* Tal definição apanha a coisa principal em relação à pertença e a coisa principal que está em relação de principalidade com outra que não é pertença. Definição adequada, portanto, ao sistema dos Códigos Civis argentino e brasileiro.

3. PERTENÇA. – No que não se referem à pertença, as regras jurídicas dos arts. 59-64 sòmente podem ocorrer se há o uso do tráfico, ou o emprêgo de *verba universalia*. Não é preciso haver dúvida, se se fala de acessório, ou se se emprega têrmo universal, porque seria simples subsumpção; se há dúvida, a regra jurídica funciona como interpretativa. De modo que o art. 59 sòmente concerne às *pertenças*, aos *frutos*, *produtos* e *rendimentos* (arts. 60 e 61, I-II) e, supèrfluamente, às benfeitorias (arts. 62-64, cfr. 516-519, 270, IV, e 307).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 142. A – Legislação

Os arts. 58 e 64 do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, nos arts. 92 e 97 do CC/2002, com as seguintes redações:

"Art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal."

"Art. 97. Não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor."

§ 142. B – Doutrina

Como as disposições dos arts. 92 e 97 do CC/2002 são equivalentes àquelas dos arts. 58 e 64 do CC/1916, permanecem íntegras as considerações feitas neste parágrafo sobre a interpretação dos arts. 58 e 64 do CC/1916 de 1916 a respeito das coisas principais e das coisas acessórias.

O saudoso Prof. Washington de Barros Monteiro, forte na lição do Prof. José Augusto César, ao tratar da regra de que a coisa acessória segue a principal, ensina que "desdobra-se o princípio em duas proposições distintas: a) a natureza do acessório é a mesma da do principal, se esta é imóvel, aquela também o é; b) o proprietário do principal é proprietário do acessório" (Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil.* 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 153). Trata-se de presunção que admite prova em contrário.

O art. 1.270, § 2.°, do CC/2002 fez a especificação da pintura em relação à tela, à escultura e à escritura.

Sobre o acessório ser obrigação de dar coisa certa, há o art. 237 do CC/2002; sobre cessão de crédito, tem-se o art. 287 do CC/2002; na novação, cf. art. 364 do CC/2002; e referente à fiança, veja o art. 822 do CC/2002).

§ 143. PERTENÇAS

1. Conceito de pertença. – Os sistemas jurídicos, ao se referirem às coisas, têm de empregar têrmos que correspondam aos conceitos de *partes integrantes* (= o que compõe a coisa), de *pertenças*, de *frutos*, de *produtos* e de outras coisas em relação com outra. Pertença não é parte integrante, nem essencial, nem não-essencial (S. Umrath, *Der Begriff des wesentlichen Bestandteils*, 74 s.). O fim econômico da coisa prende a ela a pertença. A pertença é coisa ajudante, ainda que não seja propriedade do dono do prédio; pode a coisa, estante noutra coisa, pertencer ao mesmo dono, sem ser pertença da coisa. O que não é parte integrante da coisa, mas se destina a servir ao fim, econômico ou técnico, de outra coisa, inserindo-se em relação específica, que corresponda a êsse serviço (relação de pertinencialidade), – salvo se a transitoriedade do serviço, ou o uso do tráfico pré-exclui, ou exclui, a relação específica, – chama-se *pertença*. Não há pertenças de direitos, só as há de coisas; porque a relação de pertinencialidade é pré-jurídica, econômica ou técnica, regida pelo uso do tráfico: o direito apenas a encontra. A coisa, a que se liga a pertença, é dita *coisa principal*. A outra chama-se *coisa anexada* (res annexa), *coisa*

pertencente, ou, em sentido equívoco, porque há mais coisas acessórias do que pertenças, *coisa acessória*. A pertença não é parte integrante da coisa, nem essencial, nem não-essencial.

No direito alemão, § 97, *verbis* "bewegliche Sachen" (coisas móveis), só as coisas móveis podem ser pertenças. Não assim no direito brasileiro. Dir-se-á que, devido ao registo de imóveis, terra ou construção sòmente pode ser *a*) ou parte integrante de bem imóvel, ou *b*) bem imóvel independente. O registo é que importaria, não haveria possibilidade de pertença de imóvel a imóvel. A questão merece exame. No plano dos negócios jurídicos, que não é o plano das relações entre coisas, pode dar-se que as manifestações de vontade recaiam sôbre coisas *per verba universalia*. Aqui, em verdade, não se está a debuxar classificação de coisas, está-se a referir algumas coisas, que cabem num só nome. Há, então, regra jurídica interpretativa, não escrita, que diz: "Omnia, quae in regula sub universitate et generalitate verborum possunt includi, censeantur absolute et generaliter compreensa", ou "Si fiat concessio per verba universalia, illa etiam censentur concessa, in quibus specialis mentio erat facienda, ac si esse expresse concessa". Essa regra jurídica, aplicada no direito luso-brasileiro (MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses*, I, 431 s.), e implícita no sistema jurídico do Código Civil, é a que corresponde às regras jurídicas alemãs, interpretativas. A regra jurídica do art. 59 é dispositiva; no tocante a bens imóveis, tem de ser lida como se dissesse: "Se do registo de imóveis constam as pertenças, elas, os frutos, produtos e rendimentos e benfeitorias estão compreendidos na sorte do imóvel; para que escapem à mesma sorte, é preciso que sejam excluídos". A legislação imobiliária brasileira permite que se ligue, pertinencialmente, um imóvel a outro: o campo de tênis, separado, espacialmente, do hotel; o pavilhão de doentes, no tôpo do morro, "pertencente" ao imóvel do hospital. Para isso, é preciso que se averbe no registo de imóvel principal e conste da transcrição do imóvel-pertença (cf. Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 270, parágrafo único, *verbis* "quaisquer outras circunstâncias"; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285). O verdadeiro obstáculo à concepção dos imóveis-pertenças, no direito alemão, não foi o direito registário; e sim a letra da lei (§ 97).

2. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS. – A pertença não é parte integrante, porque a *pars* não pode ser à parte e *pertinere*: pertencer foi, originàriamente, estender-se até, lançar-se para, como os rios que escorrem para o mar (ad

mare pertinebant). Os romanistas dividem-se quanto a terem tido, ou não, os juristas romanos o conceito preciso de pertença. Pela afirmativa, G. L. FUNKE (*Die Lehre von den Pertinenzen*, 2 s e 47), J. G. KIERULFF (*Theorie des gemeinen Civilrechts*, 330), F. L. v. KELLER (*Pandekten*, I, 111 s.), E. I. BEKKER (*System*, I, 310), C. G. v. WÄCHTER (*Pandekten*, I, 298), F. REGELSBERGER (*Pandekten*, I, 387), H. RICHTER (*Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehörs*, 1s.), B. BRUGI (*Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, 390) e outros. As pertenças seriam distintas das partes integrantes, mas estariam sob o mesmo nome de "pars". Alguns incluíam no conceito as acessões (naturais): aluvião, avulsão, frutos pendentes, árvores plantadas e outros bens; excluindo os frutos e as despesas (*e. g.*, A. A. von BUCHHOLTZ, *Versuche*, 66); outros adotavam conceitos ainda mais largos ou mais estreitos. Mostrou J. KOHLER (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26, 23 e 30) que o direito romano não havia precisado o conceito de pertença, nem o de parte integrante, porque poucas eram, na sua civilização, as pertenças (sôbre isso H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 70). Negou PAUL SOKOLOWSKI (*Die Philosophie im Privatrecht*, I, 337 s.) que se conhecesse no direito romano a categoria das pertenças, ao lado das partes integrantes, e que se incluíssem no conceito de *pars*. Havia coisas que se destinavam ao serviço de outras. "Propter aedes habetur" diz-se a respeito de qualquer coisa que conceptualmente se liga à casa; e a expressão "quasi pars rei" era usada analògicamente. Também P. BONFANTE, na tradução italiana das *Pandectas* de B. WINDSCHEID (V, 232-233), sustentou ignorar o direito romano a distinção entre partes integrantes e as acessórias, ou entre partes integrantes e pertenças: para êle, o que importava era a coisa em sua *consummatio* e em sua *perfectio*, de modo que *pars* é tudo que é essencial a isso; quando LABEÃO definiu *pars* (L. 17, § 7, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1: "ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse edificii), o uso perpétuo, a que se referia, era o usar-se a coisa, e não o ser usada pela pessoa (P. BONFANTE, *Corso*, II, *1*, 135); se o que se retira à coisa a diminui em sua integridade, parte é; o que só se destina ao serviço da coisa não é *pars*. O problema resume-se em se saber se o que hoje consideramos pertença era *pars*, ou não no era; portanto, se *pars* era apenas a parte integrante, ou se compreendia a parte integrante e o que servia à coisa. Na L. 245, pr., D., *de verborum significatione*, 50, 16, disse POMPÔNIO: "Estátuas fixadas em pedestais de construção, ou tábuas ligadas com cadeias, ou fixadas na parede, ou se, semelhantemente, há candelabros aderidos, não são casa; porque se põem para ornamento

da casa (causa parantur), não para perfazer a casa (aedes perficiantur). E ULPIANO (L. 139, § 1) explicou: "Considera-se que perfez (= acabou) o edifício quem de tal modo o terminou que já possa ser usado". Não há dúvida que há categoria de coisas que ornam; não entram na *perfectio* da casa. Resta saber se essa categoria se subsume na de *pars*. LABEÃO (L. 17, § 7, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1) acentuou o *usus perpetuus*: "... de regra (generaliter), as (coisas) que estão nos edifícios para uso perpétuo (perpetui usus causa), são do edifício; as que estão para o presente, não são do edifício: não são do edifício, por exemplo, os canos postos, em verdade, para algum tempo (fistulae temporis quidem positae), mas, se foram postos para sempre, são da casa". Se damos a uso o sentido de uso pela pessoa, que os pôs, temos um sentido; se damos o sentido de ser usada, abstraindo dos sujeitos, a casa, temos outro que é o de P. BONFANTE.

Na L. 38, § 2, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1, CELSO não disse que, segundo PRÓCULO, os canos, postos dentro da terra, se haveriam de ter como parte, pois a 3.ª parte da L. 38, § 2, é interpolação; o que é dêle está antes (sem se precisar da correção que propõe STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, 59): "an ut ruta caesa vincta fixaque quae aedium non essent" traduz-se "se como as coisas ligadas e fixadas, que se arrancaram e cortaram, e que não são da casa". Na L. 49, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1, os canos são "quasi pars".

A discussão em tôrno do conceito romano de *perpetuus usus* é sem alcance: os juristas romanos não souberam traçar as linhas claras entre a parte integrante e a pertença, pôsto que, categorias do mundo fáctico, existissem *pars* e "pertenças"; nem a pesquisa pelos objetos de que se trata levaria a bom têrmo, pois os textos mostram que se atendia a variações da função econômica, inclusive quanto à essencialidade, ou não, do *usus perpetuus*.

Foi no século XIX que se precisou o conceito de pertença. Viu-se bem que a só vontade não pode determinar a pertinencialidade. Excluíu-se do conceito (matéria então controversa) o que seria efeito de vontade dos interessados, sem a ligação fáctica (depois de C. G. VON WÄCHTER, G. BESELER, F. VON GERBER e H. G. GENGLER, J. UNGER, *System*, I, 5.ª ed., 447 s.; J. KRAINZ, *System*, I, 216; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, *I*, 389; J. KOHLER, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jherings Jahrbücher*, 26, 41 s.) e assentou-se não haver pertença de direitos (J. UNGER, *System*, I, 437, que também negava existirem direitos-pertenças, 454 e 576). Mais: a distinção entre partes essenciais e pertenças (F. C. GESTERDING, *Alte und*

neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, 307, G. L. FUNKE, *Die Lehre von den Pertinenzen*, 14 s.; J. G. KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, 336) e, finalmente, entre partes e pertenças (C. G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, I, 297, texto e nota 1, e 298 s.; *Erörterungen*, I, 37 s.; *Handbuch*, II 243 s.; J. UNGER, *System*, I, 472 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 708, ed. anteriores § 143; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 385 s.; principalmente J. KOHLER, Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26, p. 24, 30, 45 s., 67 s., 111 s.). Tanto PEDRO BARBOSA quanto FRANCISCO DE CALDAS não tinham noção exata de pertença, por influência do direito romano; e ainda MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Tratado prático de Morgados*, 318 s.).

a) A pertença, móvel ou imóvel, mantém a sua independência individual como coisa, pôsto que *ajude* à coisa principal, entrando de algum modo no lugar que essa ocupa no espaço geográfico-econômico. Na formação da relação de pertinencialidade, o ato humano é ato-fato jurídico; não há criação dela pela vontade. Por outro lado, êsse laço entra em suportes fácticos tão-só. Mais: o fim, a que serve a coisa principal, que a pertença ajuda, não é aquêle com o qual foi concebida, e sim o a que ela serve (o órgão é pertença do edifício de hotel utilizado como igreja e hospital). Se o serviço é pessoal a alguém, não há relação de pertinencialidade: o piano não é pertença do imóvel, residência do pianista, pôsto que seja êle dono de ambos; mas é pertença do edifício construído para conservatório e utilizado como tal. Nem da igreja, que se transformou, temporàriamente, em pouso de tropas, deixa de ser pertença o órgão. Também é possível que seja pertença o bem que se ache nas partes comuns do edifício de apartamentos e só sirva a um dêsses (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 137).

b) A concepção da pertinencialidade do bem imóvel, que se manteve sob o Código Civil, foi repelida pelo Código Civil alemão, § 97, e pelo suíço, art. 645; mas o direito comum e o luso-brasileiro a conservavam (para o direito romano e comum, cf. CH. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, I, 524 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 710; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 391; C. FERRINI, *Pandette*, 292; B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, 319; sem razão, H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse*, 65; para o direito luso-brasileiro, MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses*, I, 431 s.). O argumento de ser difícil determinar-se a pertinencialidade do imóvel (*Motive*, m, 64) é fragílimo; o outro, de serem incompossíveis a pertença-imóvel e o registo imobiliário (que ainda L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 305 s., repetiu, con-

servando-o HANS CARL NIPPERDEY, na 39.ª ed., § 119, I, 2), foi desmentido pelo direito prussiano e pelo direito bávara: nenhum obstáculo há à declaração de pertinencialidade (*Pertinenzerklarung*), tal como se adotou no direito bávaro; ou à averbação que a contenha, de acôrdo com o direito brasileiro. Tão-pouco, colhe o argumento de que deve haver relação espacial, e essa ou unifica os dois imóveis, ou os separa: a contigüidade não unifica, se há individualização (elemento necessário da relação de pertinencialidade), e a distância, se outro elemento junta (espaço em sentido amplo), opera como a respeito de imóveis distanciados geogràficamente. Ou o outro, o de serem, de ordinário, casos de utilização de partes integrantes do imóvel (fontes, jardins, rios, etc., cf. H. RICHTER, *Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehörs*, 23), o que mais serviria à categoria jurídica da servidão predial: a pertinencialidade, supondo, como supõe, *usus rei*, não recai sôbre parte, ainda que só uma parte do imóvel-pertença seja de fato atingida; o alcance da utilização das *coutadas*, dos *pastos* de engorda e semelhantes justifica, de si só, que se estabeleça a pertença, que tem outra significação que a servidão *pecoris pascendi*, *silvae caedendae*, ou outra. Tanto mais quanto o Código Civil, art. 710, I, pareceu a alguns hostil à servidão entre prédios do mesmo dono (cf. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 291), e outros sistemas jurídicos abertamente o são. Tentaram RICCOBONO (Vaticana Fragmenta, 701, *Studi in onore di* BIAGIO BRUGI, 191) e P. BONFANTE (*Corso di Diritto romano*, II, *1*, 149, nota 2) mostrar que o direito romano não conhecia o imóvel-pertença. A despeito da obscuridade em que, a respeito de parte e pertença (conceitos a que ainda não haviam chegado, pelo menos com precisão, mas conceitos correspondentes a realidades da vida, a elementos fácticos), permaneceram os juristas romanos, a palavra *additamentum*, aludindo-se a jardim que tornaria mais agradável e salubre a casa (ut amoeniorem domum ac salubriorem) mostra que se evitou (L. 91, § 5, D., *de legatis et fideicommissis*, 32) falar de integração, tanto mais quanto, no resto do fragmento (§ 6), também de PAPINIANO, se fala de caso de união (*portio*) e na L. 20, § 1, D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, 8, 5, CÉVOLA diz: "Muitos de um município, que possuíam diversos prédios, compraram bosque comum, para ter o direito comum de apascentar, e foi observado o mesmo por seus sucessores: mas alguns dos que tinham êsse direito venderam os seus prédios. Pergunto: se os vendedores foram assentintes em aliená-lo também (ut et hoc), ¿na venda seguiu também aos prédios aquêle direito? Responde-se ter-se de observar o que se houver convencionado entre os contraentes; (porém se não foi manifestada a vontade dos contraentes, também se transmite êsse

direito aos compradores)". A interpolação, que pusemos entre parênteses, foi para se evitar que se esquecesse a regra jurídica dispositiva, aliás aplicada no resto da L. 20, § 1: "Também pergunto se, havendo-se transmitindo a alguém, em legado, parte daqueles fundos próprios, consigo trouxe alguma parte do direito de compáscuo. Responde-se, considerando-se (videretur) que igualmente êsse direito era do fundo, que se legou, (que) ao legatário igualmente há de passar". Ainda que o direito romano não tivesse tido a pertinencialidade do imóvel, o que nos importa é o direito que se colheu dêle, tal como o recebemos. Para que se excluísse o imóvel como pertença, seria preciso que houvesse razão *a priori* para isso, ou resultasse do sistema jurídico, e foi com tal propósito que se redigiram o § 97 do Código Civil alemão e o art. 645 do Código Civil suíço.

3. O DIREITO ANTERIOR E O CÓDIGO CIVIL. – No direito anterior ao Código Civil, encontrava-se a Ordenação do Livro IV, Título 43, § 9, que previa terem passado a particulares terras em que estavam "pastos, criações e logramentos" comuns (podendo a autoridade pública destiná-los a sesmaria para a lavoura, "quando fôr conhecido que é mais proveito") e o acórdão do Desembargo do Paço, que se lê em MANUEL ÁLVARES PÊGAS (*Resolutiones Forenses*, V, 109), atesta (24 de maio de 1667) que se mantinha o direito a lenha, paus, ramos, vergasto, tojo, e o necessário para fogo, sebes, tapumes, estrumes, estéreo e "o mais necessário para boa e cômoda habitação", tirado da "matá defesa" (= mata cercada). No voto do juiz PORTUGAL (nada menos que DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, que tomara posse de desembargador da Casa da Suplicação, em 1661, e dos Agravos, em 1664), enuncia-se claramente: "...ipsi sylvam casalium esse *pertinentiam* asserunt, Actor vero ad suam villam pertinere contendit, et de pertinentiis villae esse dicit; totum in facto consistit, et est extra dubium alleganti aliquid esse de pertinentiis incumbere onus probandi". Os dois outros juízes, DA CRUZ FREIRE e LAMPREIA, frisaram que então se discutia se a mata defesa era "pertinentia villae" (pertença da vila), como o autor sustentava, ou "pertinentia casalium" (pertença dos bens dos enfiteutas), como argüiam os réus. Aliás, a pertinencialidade resultava das leis (forais) que vedavam aforar sem ressalva das pertenças (cf. MANUEL ÁLVARES SOLANO DO VALE, *Alegação Jurídica a favor da Vila de Barbacena*, 57) aos opidanos, ou aos outros enfiteutas.

Além da pertença-imóvel e do compáscuo em terrenos baldios e públicos (art. 646, parágrafo único), o Código Civil brasileiro conhece o

compáscuo-servidão (art. 646, 1.ª parte) e o *compáscuo-condomínio* (art. 646, 2.ª parte), o compáscuo-composse (art. 488) e o compáscuo obrigacional. Temos, pois, seis espécies inconfundíveis.

c) A pertinencialidade entre direitos ou entre coisa corpórea e direitos foi admitida por alguns juristas; porém a alusão aos documentos não o prova, porque, aí, documentos poderiam ser coisa. Seria lamentável confusão considerarem-se pertenças os direitos reais a favor de algum imóvel (lei prussiana e austríaca; E. HUBER, *System*, IV, 689; contra J. UNGER, *System*, I, 475). São partes integrantes, conforme já se viu.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 143. A – Legislação

O art. 710, I, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.389, I, do CC/2002 ao tratar da extinção das servidões. O Dec. 4.857/1939 encontra-se revogado, sendo substituído pela Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).

O art. 646, parágrafo único, do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil de 2002. O art. 488 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.199 do CC/2002.

§ 143. B – Doutrina

O Código Civil de 1916 não definiu a "pertença" como o fizera o art. 817 do Código Civil italiano.

O art. 93 do CC/2002 define as "pertenças" como "(...) os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço, ou ao aformoseamento de outro".

As pertenças distinguem-se das partes integrantes, pois estas compõem permanentemente a própria coisa, enquanto as pertenças estão ligadas à coisa para a sua exploração, uso, aformoseamento ou comodidade.

Não há pertenças de direitos, só de coisas.

As pertenças não se confundem ainda com as benfeitorias.

A doutrina, diante das próprias características das pertenças entende que dependerá do caso concreto para a definição do conceito de pertença, tendo presente o disposto no art. 94 do CC/2002 que, quanto aos negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal, aponta que se examinem as "circunstâncias do caso". Daí a pertinente lição de Silvio de Salvo Venosa: "Quando se tratar de negócio jurídico, que envolva transferência de posse ou propriedade é, portanto, conveniente que as partes se manifestem expressamente sobre os acessórios,

sejam tidos como benfeitorias ou como pertenças, evitando situações dúbias" (*Direito civil. Parte geral.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 312).

Pode-se citar como exemplo: o piano não é pertença de um imóvel residencial, mais o será de um conservatório.

São pertenças as máquinas de uma fábrica.

§ 144. FONTE DA PERTINENCIALIDADE

1. ATO-FATO JURÍDICO. – A pertinencialidade nasce de ato-fato jurídico, que é o ato de submeter a coisa ao serviço de outra, ao *perpetuus usus*. Todavia, houve discussão a respeito. *a*) J. KOHLER (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26, 74) sustentava que a pertinencialização (Pertinenzirung) é negócio jurídico, porque exige ato de determinação pelo dono (?) da coisa principal e a submissão da coisa-pertença, com o fato de tal serviço de uma coisa à outra; F. REGELSBERGER (*Pandekten*, I, 388) falava de ato jurídico volitivo, portanto negócio jurídico; F. FERRARA (*Trattato*, I, *1*, 781) era explícito. *b*) Contra essa classificação do ato, logo se pronunciaram G. PLANCK (*Kommentar*, I, 4.ª ed., 207) e OTTO VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 74, nota 18). *c*) Terceira opinião seria a dos que prescindiriam de ato humano, portanto de negócio jurídico, de ato jurídico *stricto sensu* e de ato-fato jurídico: o fato natural, o elemento extra-humano, criaria, ou poderia criar a pertinencialidade (assim, em contradição com a afirmação de ser ato jurídico, G. ANDREOLI, *Le Pertinenze*, 217 s.). Argumenta-se com as regras jurídicas como a do art. 43, I (é bem imóvel "o solo, com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo"), para se dizer que os peixes, pássaros e animais bravios, que povoam o terreno, são do dono dêsse, ainda que êle não saiba existirem, nem haja praticado qualquer ato para isso. Logo ressalta a confusão entre acessão (imobilização) e pertinencialização, conceitos distintíssimos. A união de coisas móveis a terrenos ou leva a converter em parte integrante aquelas, essencial ou não essencial, ou não altera as relações de propriedade. Os peixes, pássaros e outros animais bravios, são sem dono (art. 593, I); se o proprietário do terreno prende os peixes em lago, ou trecho de rio, que lhes vede a descida, ou em piscina, ou os cria com espécies adquiridas, ou engaiola, ou enviveira os pássaros, ou de outro modo cerca os animais, dono é êle, – deixaram de ser adéspotas tais animais. A imobilização sem

ato humano é a proveniente da formação natural de ilha, da aluvião, da avulsão ou do florestamento ou gramado natural (acessão). Muito diferente é o que se passa com a pertinencialização, que implica ato-fato jurídico. A pertinencialização é ato-fato jurídico, precisemos, e não negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu*. Aliás, não se pode dizer que é ato jurídico (*lato sensu*), ou ato-fato jurídico, e admitir que o fato natural possa causá-la (*e. g.*, G. ANDREOLI, *Le Pertinenze*, 217 e 162, contra 218 s.).

2. DIREITO SUÍÇO. – No direito suíço, há a seguinte alínea 2.ª do art. 644: "São pertenças" (na ed. alemã está "Zubehör"; na italiana, "acessori"; na francesa, "acessoires") "os objetos móveis, que, segundo... a vontade claramente manifestada do proprietário da coisa principal, são destinados, de maneira durável, à exploração, ao gôzo ou à guarda (Verwahrung, conservazione) dessa, e que êle juntou, adaptou ou pôs para o serviço da coisa". Aí, ao parecer de alguns, a letra da lei deslocara para o plano negocial puro a destinação pertinencial. Não seria possível tomar-se tal atitude, desgarrante da linha histórica, em direito alemão, ou brasileiro. A própria doutrina suíça tem advertido, ainda nos livros destinados a consulta popular (*e. g.*, E. CURTI-FORRER, *Commentaire*, trad. de MAX-E. PORRET, 503), que a expressão "d'après la volonté clairement manifestée du propriétaire" (nach dem klaren Willen, secondo manifesta intenzione) de modo nenhum estabelece a possibilidade de se criarem pertenças por contrato ou outro negócio jurídico: "en effet la volonté du législateur n'a d'importance qu'au point de vue des choses mobilières, pour lesquelles les conditions objectives de la pertinence sont presentes". Houve equívoco do legislador suíço e continua de havê-lo na doutrina. Não se prestou atenção ao seguinte: os próprios fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos, os atos jurídicos *stricto sensu*, por exemplo, respectivamente, a confusão (comistão, ou adjunção, arts. 615 e 617), o descobrimento de tesouro (ou a achada, ou a composição de obra científica, artística, ou literária, ou a aquisição da posse), a constituição de domicílio (ou o perdão, ou a notificação) podem *achar-se* em negócio jurídico; porém isso não quer dizer que o negócio jurídico seja pressuposto necessário e suficiente. Quando se vai responder à pergunta "¿o fato jurídico A é negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou ato ilícito, ou fato jurídico *stricto sensu*?", tem-se de classificar o fato jurídico A segundo os seus pressupostos necessários e suficientes. Se é imprescindível o *negotium* (manifestação de vontade negocial), trata-se de negócio jurídico; se não é imprescindível, pôsto que isso possa ocorrer, evidentemente não se trata de negócio jurídico. O "nach

dem klaren Willen" do Código Civil suíço, art. 622, 2.ª alínea, é excrecência, que boa técnica jurídica legislativa tem de repelir.

3. PODER DE DISPOSIÇÃO E PERTINENCIALIDADE. – O ato de pertinencialização independe do poder de dispor da coisa ainda a ser pertença, inclusive do poder de representação. Pratica-o o locatário da coisa a ser pertença, ou o usufrutuário, ou o usuário, ou o que tem outro direito sôbre ela, o administrador dos bens conjugais, o gerente, o herdeiro, o simples possuidor, um dos condôminos, etc. Apenas se exige que aquêle que pertinencializa tenha o *poder fáctico de dispor* das duas coisas. Não é preciso que seja dono da coisa principal, nem, sequer, que a possua como sua (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 207): basta que, podendo dispor, de fato, da coisa, possa ajudá-la, em sua finalidade econômica, ou social, com a coisa a ser pertença (excluída, pois, a finalidade pessoal ao possuidor ou ao dono), de modo permanente. Nem é preciso que seja dono da coisa a ser pertença (G. PLANCK, *Kommentar*, IV, 207; TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 713); nem mesmo possuidor em nome próprio (OTTO VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, § 105, nota 12).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 144. B – Doutrina

A doutrina exposta por Pontes de Miranda é aquela consagrada em nosso Código Civil, a partir da definição de "pertença" contida no art. 93 do CC/2002.

§ 145. RELAÇÃO DE PERTINENCIALIDADE

1. NATUREZA DA RELAÇÃO. – A relação de pertinencialidade é tal que a coisa-pertença existe independentemente, mas pertence à outra. Para que haja a relação, é preciso que uma coisa esteja a serviço da outra, segundo laço econômico, ou reconhecido pelo uso do tráfico. A relação não supõe que o dono das duas coisas seja o mesmo; o que se exige, de regra, é que se estabeleça por fato dos que têm poder de dispor, de fato, das duas. Às vêzes, a lei mesma estabelece a posição de estar a serviço, de que resulta

pertinencialidade: *a*) aos estabelecimentos industriais e comerciais (fábricas, tipografias, teatros, hotéis) "pertencem" as máquinas e utensílios, se ocorrem os outros pressupostos e se não são partes integrantes; *b*) dos estabelecimentos agrícolas são pertenças o gado, os utensílios, as sementes e mais produtos indispensáveis à exploração e à continuação do trabalho até a próxima colheita, as esterqueiras (porém não o adubo e outros produtos feitos fora, não necessários à continuação do trabalho até a próxima colheita). A relação de pertinencialidade sòmente se estabelece se a coisa econômicamente se anexa a outra, ainda que espacialmente se distancie, por algum tempo (*e. g.*, peças de reparação, ou de reposição, materiais de reserva, depositados em prédio alugado pela fábrica). Por isso mesmo, o algodão comprado para a fabricação de tecidos não é pertença, é coisa independente em sua função; nem a madeira é pertença da fábrica de móveis, pôsto que o seja o óleo para as máquinas, o carvão e a lenha para elas.

A relação espacial (não a ligação material) é elemento necessário à formação da relação de pertinencialidade; mas êsse elemento é satisfeito se, tratando-se de emprêsa, ou outra coisa universal, o direito ao local em que se acha a coisa anexada liga espacialmente. De ordinário, a espacialidade é de exigir-se (*e. g.*, ter chegado à fazenda o gado). Os produtos, já a serem vendidos, de fábrica, ou fazenda, não são pertenças. É pertença o fogão de gás da casa; mas, se o dono o comprou para servir ao locatário e êsse está a pagá-lo, não no é. Quem aluga a casa com mobília, e lá ficam, sem ser a título precário, ou de aluguer à parte, ou incluso, os lustres, próprios à casa, pelo estilo, – destinou os lustres ao imóvel. A cobertura de mármore da chaminé, não pregada, é pertença; pregada, é parte integrante, bem assim se ocorre outra espécie do art. 43, III.

2. PRESSUPOSTOS DA PERTINENCIALIDADE. – a) A coisa principal há de existir. Não poderia haver relação entre um têrmo e nada. Assim, se já existem todos os objetos que podem compor a coisa, e ainda não se compôs, é impossível haver relação de pertinencialidade. Se há o terreno e todo o material necessário à construção, a pertinencialidade começa com o início da obra, isto é, com o se cavar o terreno para as fundações.

b) A coisa principal há de ser determinada individualmente (o tonel não pertence ao vinho; se foi vendido o vinho sem o tonei, venderam-se duas coisas sem relação especial entre si). Não importa se há multiplicidade de coisas principais: o arado pode pertencer a dois sítios; a máquina de descaroçar algodão, a duas fazendas; o frigorífico, a duas estâncias. Os

proprietários podem ser diferentes. Se se vende o sítio, a fazenda, ou a estância, constando do registo a relação de pertinencialidade, vai com ela a quota na pertença, salvo disposição em contrário. Se se trata de pertença-imóvel, não registada, a referência *per verba universalia* tem de ser interpretada, na dúvida, como abrangente. Se a pertença é móvel, a regra jurídica do art. 59 (*ius dispositivum*) é que incide, ainda que se não haja empregado *verbum universale*. A pertença que se liga a dois ou mais bens, ainda que de proprietários diferentes, submete-se às regras jurídicas acima referidas, quer à interpretativa (J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 475; H. WIMPFHEIMER, Kann ein Gegenstand Zubehör mehrerer Sachen sein?, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 29, 84 s.), quer à dispositiva (art. 59), conforme o caso. A proporção das quotas é segundo o registo, ou, se o não há, segundo negócio jurídico entre as partes, se o não altera, de modo evidente, a medida em que é usada, pelos diferentes bens, a pertença, ou, se não os há, a medida em que por êle é usada.

3. FIM DA UTILIZAÇÃO. – c) É elemento necessário da relação de pertinencialidade a utilização para o fim da coisa principal. Se das circunstâncias se há de concluir que, desde o começo, se contava com a cessação da utilização, continuando o serviço, ou isso resulta da natureza do serviço, ou da coisa utilizada, pertinencialidade não há. Errou, por exemplo, o *Reichsgerich* alemão (*Entscheidungen*, 61, 188) quando não considerou pertenças as instalações de exploração de mina, porque algum dia se esgotariam os minerais. Ora, o serviço da mina continuou; a pertença pode deixar de o ser se a coisa principal acaba. Nas espécies, como a das coisas utilizadas pelo arrendatário, não há pertenças, porque teriam de o ser do direito de locação, e só há pertenças de coisas (não pelas razões do *Reichsgericht*, 109, 129, que L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed. 302, nota 19, aceitou). E se as coisas utilizadas pelo locatário foram (ato-fato jurídico), em virtude do contrato de locação, ou de outro negócio jurídico, anexadas ao prédio, para o seu *perpetuus usus*, ou passaram a ser parte integrante, ou pertença, porque então se está no mundo fáctico das relações de coisas a coisas.

À separação ou não-utilização transitória, *e. g.*, para reparação, ou limpeza, ou exame, ainda que por muito tempo, a pertinencialidade não se apaga. A consumpção das pertenças e a integração na coisa principal não são utilização transitória; por isso, carvão, lenha, materiais de construção, entram na classe das pertenças.

Não há relação de pertinencialidade onde duas destinações concorrem, isto é, onde a destinação de uma coisa é a mesma de outra, sem que haja a ajuda, o serviço de uma à outra, que tem a sua destinação própria e uma delas se impõe à outra.

4. RELAÇÃO ESPACIAL. – A exigência da relação *espacial* como um dos elementos da relação de pertencialidade tem de fugir à noção puramente tridimensional, geográfica, de espaço. Aliás, o prédio mesmo pode ser cortado por rio público sem perder a sua unidade, o que demonstra a relatividade da noção de espaço como contínuo em que se colocam as coisas. Se assim pode acontecer às partes integrantes, com mais forte razão pode acontecer às pertenças. Nem a conexão corporal é essencial, nem a necessidade da proximidade espacial é inelidível. Se é certo que o estar em caminho da fábrica ainda não é ser pertença a máquina, também o é que o chegar ao lugar em que se guardam, fora do prédio da fábrica, as peças de que se pode precisar, já constitui relação de pertinencialidade. Por outro lado, o estar dentro da fábrica a máquina para uso que ainda não se iniciou não basta para a tornar pertença (*Reichsgericht*, 89, 61).

5. USO DO TRÁFICO. – d) Se o uso do tráfico considera que pode haver pertença, *in casu*, e os pressupostos estão satisfeitos, há a relação de pertinencialidade. A caixa exterior de eletricidade, no Brasil, não é pertença da casa: muda o relógio e as outras peças, se o entende, a emprêsa concessionária. Os fogões das casas e as instalações interiores ou são partes integrantes, ou pertenças. O caderno de fornecimentos, se o recibo periódico é nêle lançado, é pertença da emprêsa; se à parte, é pertença do estabelecimento fornecedor. Não é uso do tráfico a concepção de algumas pessoas, ou emprêsas, mas o que, no momento, faz parte do viver da população, ou dos que se utilizam da coisa.

O uso do tráfico, contrário à pertinencialidade, tem de ser atendido, ainda que não haja lei explícita, como se dá no direito alemão (§ 97, alínea 1.ª, 2.ª parte) e no suíço (art. 644, alínea 2.ª). O uso do tráfico é habitualidade do ato, ou dos atos, e não regra jurídica (Código de Processo Civil, arts. 259-262); é uso da vida. Desde que o critério econômico ou social entra na determinação da pertinencialidade, não se pode deixar de atender a êsse elemento eminentemente fáctico, que é o uso do tráfico. Seria excluir o uso, em se tratando de destinação. Os juristas que não vêem a desnecessidade mesma da referência ao uso do tráfico como pré-

-excludente e, *a fortiori*, aquêles que exprobram a formulação de regras jurídicas a respeito (*e. g.*, respectivamente, G. ANDREOLI, *Le Pertinenze*, 216, e H. RICHTER, *Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehörs*, 49), não atendem a que a qualidade de pertença é oriunda de ato-fato jurídico, mas entra, como elemento objetivo fáctico, nos suportes fácticos, inclusive da regra jurídica sôbre com-sorte da pertença e da coisa principal. Essa regra jurídica é dispositiva: o uso do tráfico pode tirar a oportunidade da sua incidência; porém, ainda nos sistemas jurídicos que a têm por interpretativa, não se poderia negar a eventual aparição da vontade expressa no uso. Em todo o caso, a influência do uso dá-se *antes*, se se trata de pertença, e viram-no os elaboradores dos Códigos Civis alemão e suíço; salvo se sòmente concerne ao negócio jurídico sôbre a pertença. Na técnica jurídica legislativa, o adotar-se regra de definição da pertença, aludindo-se ao uso do tráfico, que a pré-exclua, de si só indica que se faça interpretativa a regra da com-sorte (assim, o Código Civil alemão, §§ 97 e 314). No Código Civil suíço, o art. 644, alíneas 1.ª e 2.ª, contém a regra jurídica da com-sorte, antes da definição, o que é injustificável; e a doutrina (*e. g.*, H. LEEMANN, *Kommentar* de M. GMUR, IV, 1.ª parte, 42) teve de advertir em que a reserva contrária desce ao mundo fáctico e faz independente da pertinencialidade a coisa que teria, sem ela, a subordinação pertinencial. Se não há definição de pertença, em que se aluda a pré-eliminação da pertinencialidade, pelo uso do tráfico em sentido contrário, então a regra jurídica da com-sorte chega ao mesmo resultado prático com a sua dispositividade e o reconhecimento da reserva contrária expressa em uso do tráfico. Não é de se estranhar, portanto, que C. DEMOLOMBE (*Cours*, IX, 139-144) tenha argumentado com os usos locais, contrários ao art. 524 do Código Civil francês, para mostrar que a regra jurídica não os poderia vencer. A sua crítica fôra em têrmos de exclusão da destinação mesma.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 145. A – Legislação

O art. 59 do CC/1916 não tem dispositivo literal correspondente no atual Código Civil. No entanto, é possível enxergá-lo no art. 92 do CC/2002 ao dispor: "Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente, acessório, aquele cuja existência supõe a do principal".

§ 145. B – Doutrina

A doutrina entende, como Pontes de Miranda, que a relação de pertencialidade existente sobre coisas só se estabelece se algo se anexar, sem ser parte integrante, de modo duradouro, economicamente, ao referido bem. A pertença apesar de ter existência independente, encontra-se a serviço do bem a que se anexar.

§ 146. ÔNUS DA PROVA

1. Regra sôbre o ônus da prova. – O que alega existir relação da pertinencialidade, tem de provar (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado prático de Morgados*, 318) que a coisa está destinada a servir aos fins da coisa principal e que se acha em situação de fato (espacial, *sensu lato*) que corresponde a êsse destino. Ao que a nega incumbe provar que foi transitória a utilização, ou que o é, ou que existe uso do tráfico contrário a se entender pertinencial a relação entre as coisas (sem razão, Fr. Leonhard, *Die Beweislast*, 276; certos, L. Enneccerus, *Lehrbuch*, I, 308, nota 18; O. Warneyer, *Kommentar*, I, 139).

2. Presunção. – É de presumir-se que a pertinencialidade tenha continuado; de modo que, se alguém alega ter desaparecido um dos pressupostos, tem de prová-lo (sem razão, Fr. Leonhard, *Die Beweislast*, 276; certo, Domingos Antunes Portugal, voto no acórdão do Desembargo do Paço de 24 de maio de 1667, em Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses*, V, 110; Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado prático de Mor gados*, 320). Porém não se presume que o uso do tráfico, contrário à pertinencialidade, persista; tem-se de provar que existe no momento mesmo em que se entende não existir, por existir êle, a pertinencialidade (O. Warneyer, *Kommentar*, I, 139).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 146. B – Doutrina

A prova da relação de pertencialidade incumbe a quem alega sua existência, ainda mais se tendo presente o disposto no art. 94 do CC/2002: "Os

negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso".

Por fim, a prova do fato constitutivo de seu direito cabe a quem o alega (art. 333, I, do CPC).

§ 147. EFEITOS JURÍDICOS DA PERTINENCIALIDADE

1. CRÍTICA À EXPANSÃO. – Sòmente elìpticamente se pode falar de eficácia jurídica da pertença, ou de efeitos jurídicos da pertinencialidade. A relação de pertinencialidade é fáctica; entra, como um dos elementos, em suporte fáctico, sôbre o qual incidem a regra jurídica do negócio e a regra (complementar) dispositiva, no direito brasileiro, da com-sorte (art. 59), ou a regra interpretativa. O efeito, que se diz ser da pertença, ou da relação de pertinencialidade, é o efeito do negócio jurídico em cujo suporte fáctico ela se acha. No direito romano, êsse efeito era um só: os negócios jurídicos obrigacionais (*aliter*, nos outros), salvo vontade em contrário, compreendiam a coisa e as pertenças, *a*) No direito contemporâneo, a presença da pertença no suporte fáctico tem o efeito de dispensar a tradição da pertença, não importa se foi a expressa vontade do manifestante que a incluiu, ou se foi em virtude de regra jurídica interpretativa, ou se foi em virtude do art. 59. No direito brasileiro, estando no registo de imóveis a averbação da pertinencialidade de algum imóvel a outro, a transcrição da transmissão do imóvel principal, seguida da averbação dessa quanto ao (móvel-pertença, dispensa a transcrição do título translativo quanto ao imóvel-pertença. Naturalmente, para êsse efeito, supõe-se que o proprietário dos dois bens seja o mesmo. Se o móvel-pertença não é do alienante do bem principal, móvel ou imóvel, ou se ambos os bens são de outrem, rege o art. 622, com o seu parágrafo único; se o imóvel-pertença é de outrem que o dono dêle, ainda que dono do imóvel principal, os princípios são os que regem a aquisição de boa fé *a non domino*, se feitas a transcrição e a averbação, ou, se não houve transcrição e averbação ou se não houve averbação, os princípios da usucapião (arts. 551 e 550). *b*) A concessão e a supressão do usufruto são compreensivas das pertenças, se o contrário não se estabeleceu no negócio jurídico (art. 716), ou na concessão do direito de preempção (arg. ao art. 1.149, *verbis* "tanto por tanto"). *c*) O legado entende-se com as pertenças

(art. 1.706, que é dispositivo, *Tratado dos Testamentos*, III, 540, contra o direito alemão, § 2.164, que é interpretativo). *d*) Quanto à hipoteca (art. 811), à anticrese e às rendas constituídas sôbre imóveis (por analogia), também há o princípio, dispositivo, da com-sorte. *e*) Quanto à hipoteca marítima (arts. 810, VII, e 825; Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, art. 10, parágrafo único, onde se consideram "parte integrante" pertenças e mais acessórios), idem. *f*) Na execução forçada, a penhora há de recair sôbre a coisa e suas pertenças, se forem do mesmo proprietário.

2. ORIGENS. – Os efeitos pós-romanos são de origem germânica. Não se chega a concepção de relação de direito das coisas, como aprouve a F. REGELSBERGER (*Pandekten*, I, 387 s.) e a J. KOHLER (Zur Lehre von den Pertinenzen, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26, 200; *Lehrbuch*, I, 475 s.). Mas longe se está do efeito único, nos negócios jurídicos obrigacionais.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 147. A – Legislação

O art. 59 do CC/1916, como já anotado, não vem repetido no Código atual. Todavia pode o interprete examiná-lo como integrante da regra contida no art. 92 do CC/2002.

O sistema da transcrição no registro de imóveis foi substituído, a partir da Lei dos Registros Públicos, pelo sistema do registro na matrícula correspondente a cada imóvel.

O art. 622 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.268, *caput* e § 1.°, do CC/2002, que dispõe:

"Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstancias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

§ 1.° Se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorrer a tradição."

Os arts. 550 e 551 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 1.238 e 1.242 do CC/2002 ao tratar da usucapião. O art. 716 do CC/1916, ao tratar do usufruto, é correspondente ao art. 1.392 do CC/2002. O art. 1.149 do CC/1916, ao tratar do direito de preempção ou preferência, tem correspondência no art. 513 do CC/2002. O art. 1.706 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.937 do CC/2002,

que trata do legado e acessórios de um bem. O art. 810, VII, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.473, VI, do CC/2002. O art. 825 do CC/1916: não possui qualquer dispositivo correspondente no Código Civil em vigor.

O art. 709, III, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.388, III, do CC/2002, enquanto o art. 646 do CC/1916 não vem repetido no Código Civil atual. Os arts. 629 e 630 do CC/1916 têm correspondência no art. 1.320, *caput*, §§ 1.° e 2.°, do CC/2002. O art. 631 do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil vigente, enquanto o art. 632 do CC/1916 está presente no art. 1.322, *caput*, do CC/2002.

§ 147. B. Doutrina

Sempre se entendeu que, para fixar-se a relação de pertencialidade, é indispensável a presença de todos os pressupostos que encerram a sua existência.

§ 148. EXTINÇÃO DA PERTINENCIALIDADE

1. DESAPROPRIAÇÃO DE PRESSUPOSTO. – Uma vez estabelecida a relação de pertinencialidade, sòmente cessa se um dos seus pressupostos desaparece. O fato natural pode causar a exclusão da relação, se, por exemplo, a coisa principal, ou a pertença, se destrói, ou se consome, ou aquela se torna totalmente inadequada ao fim a que a pertença servia, ou essa se torna inadequada ao serviço. Tudo se passa, então, no mundo fáctico. Pode causar a exclusão da relação algum ato-fato humano, bastando o poder de dispor de fato. A êsse propósito, cumpre lembrar que o envolver-se em negócio jurídico, ou em ato jurídico *stricto sensu*, o ato de exclusão da pertinencialidade não o torna negocial ou ato jurídico *stricto sensu*: o pressuposto necessário e suficiente para a cessação, se provêm de ato humano, é ato-fato jurídico.

2. DIREITO LUSO-BRASILEIRO. – No direito luso-brasileiro, entendia-se que, em caso de pastos-pertenças ("o terreno de um dono e as ervagens ou partes de outro"), podia o dono do terreno resgatar a pertinencialidade, pelo justo preço (Alvará de 27 de novembro de 1804, § 8: "Naquelas tapadas em que por algum título, ou contrato, sendo o terreno de um dono, a ervagem ou partes são de outro proprietário, será permitida a adjudicação ao proprietário do terreno, pagando pelo seu justo preço", assim como se estabelecia para as árvores, Lei de 9 de julho de 1773, §§ 11 e 17). Tal resgate era *ad instar*

do resgate das servidões (cf. art. 709, III), e nada se opõe a que se recorra ao art. 709, III, analògicamente, conforme o art. 4.º da Lei de introdução (cfr. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 4.º). *Aliter*, quanto ao compáscuo-condomínio (art. 646, 2.ª parte), que se rege pelos arts. 629-632.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 148. A – Legislação

O art. 646, 2.ª parte, do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil em vigor.

O art. 629 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.320, *caput* e § 1.º, do CC/2002 e o art. 630 do CC/1916 corresponde ao art. 1.320, § 2.º, do CC/2002.

O art. 631 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual, enquanto o art. 632 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.322, *caput*, do CC/2002.

§ 148. B – Doutrina

A doutrina entende que a extinção se dá no mundo fático, como expõe Pontes de Miranda.

§ 149. CONCEITO DE PARAPERTINENCIALIDADE

1. COISAS E DIREITOS. – Relação de pertinencialidade só existe entre coisas; portanto, no mundo fáctico. Não entre direitos, que são efeitos de fatos jurídicos. Todavia, entre direitos ou entre coisas e direitos pode ocorrer relação pertinencialiforme, a que convém chamar-se *relação de parapertinencialidade*. É o que se observa quando o objeto do negócio jurídico é emprêsa, ou outro objeto coletivo (MARTIN WOLFF, em V. EHRENBERG, *Handbuch*, IV, *1*, 17). O art. 59 só se refere à coisa principal; se se pretendesse estender à coisa singular e à coletiva (art. 54), desatender-se-ia à realidade e à natureza da regra jurídica do art. 59, que é dispositiva. Para se submeter à mesma sorte a coisa universal e a coisa inclusa, a regra jurídica não seria a do art. 59, e sim a regra jurídica interpretativa: na menção *per verba universalia* já está vontade, que se há de interpretar.

2. PARAPERTINENCIALIDADE. – A parapertinencialidade exsurge na ligação econômica dos direitos de patente, de contratos de fornecimento em curso, de direitos a prêmios, etc. (*aliter*, quanto à razão social e às marcas, que são partes integrantes).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 149. A – Legislação

Os arts. 54 e 59 do CC/1916 tratavam, respectivamente, das coisas singulares e coletivas e da regra de que "salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal" (art. 59 do CC/1916) e ambos não têm correspondência no Código Civil de 2002. No entanto, os incs. I e II do revogado art. 54 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 89 e 90, *caput*, do CC/2002, enquanto a regra do art. 59 do CC/1916 se inclui na disposição contida no art. 92 do CC/2002.

§ 150. BENS PRIVADOS E BENS PÚBLICOS

1. CONCEITOS, NO DIREITO BRASILEIRO. – Bens privados são os bens regidos pelo direito privado, quanto à aquisição e à perda. Bens públicos são os bens regidos pelo direito público (art. 66, I-II) e os bens regidos pelo direito privado, se pertencentes ao Estado (art. 66, III). Tal distinção dos bens públicos em duas classes (art. 66, I-II, e art. 66, III), excluídos os bens *nullius*, apropriáveis, que TEIXEIRA DE FREITAS (*Esbôço*, art. 327) considerava "bens públicos apropriáveis", atende à tradição do direito luso-brasileiro. As *res nullius* não são propriedade de ninguém, mas, por direito público, são objeto de direito de uso do povo. Daí a tendência errada a construir-se a ocupação como exercício de direito (público) a adquirir a propriedade (cf. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço*, art. 327).

No art. 65, diz-se: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual fôr a pessoa a que pertencerem". A definição atende à titularidade do direito, com certa confusão entre bens de todos e bens da entidade estatal, e não ao título (direito público, direito privado). Chamamos-lhes bens públicos *lato sensu*.

2. O ART. 69. – Quando se diz que o mar, o ar, as estrelas e coisas semelhantes não são coisas em comércio, dá-se a "coisas" sentido largo, mais largo do que aquêle em que se emprega o têrmo ao falar-se de coisas corpóreas e coisas incorpóreas. No art. 69, enuncia-se: "São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis". Donde se tira que o conceito do Código Civil abrange coisas que não podem ser objeto de direito (= insuscetíveis de apropriação) e coisas que podem ser apropriadas, porém a lei (não o negócio jurídico) proíbe a alienação delas (os imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Pensões e Aposentadorias, Decretos-leis n. 7.379, de 31 de março de 1945, e n. 8.618, de 10 de janeiro de 1946, não mais são legalmente inalienáveis).

3. BENS DE USO COMUM DO POVO. – Os bens públicos de uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças, pontes, viadutos) são *inapropriáveis*, pôsto que, por exemplo, o confinante que só tem saída para a rua possa ter direito a que não a mudem a ponto de deixar sem acesso a casa, ou terreno, salvo indenização (cf. W. VON BLUME, Das Recht des Anlieger an öffentlichen Strassen, *Festgabe für* J. T. SCHIRMER, 101 s.).

A apropriação da onda como gerador de fôrça é possível, respeitado o direito público; só a lei especial, porém, pode permiti-la. Os direitos resultantes são de ordem privada. Não assim o direito de uso comum do povo e o direito de uso especial, porque aí a natureza pública do uso é de direito público: donde só a mudança de classificação para o art. 66, III, permitir a apropriação.

O sujeito ativo do direito, a que se refere o art. 66, I-II, não é o mesmo. O titular, no art. 66, I, é o povo (Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 5: "Estradas e ruas pruvicas antiguamente usadas, e os Rios navegantes e aqueles, de que se fazem os navegantes, se som cabedaaes, que correm continuadamente em todo o tempo, pero que o uso assy das estradas, e ruas pruvicas, como dos Rios seja igualmente cõmuũ a tôda gente, e qualquer outra coisa animada, ficando sempre a propriedade dêles no Patrimônio Fiscal"; Ordenações Manuelinas, Livro II, Título 15, § r., "Real" em vez de "Fiscal"; Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 8, "Real", em vez de "Fiscal").

Se o mar, ou o ar, ou ser semelhante, não é do território de nenhum Estado, é do Homem, "de todo o gênero humano" (MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal*, IV, 3). Se é parte de território estatal, mas inapropriável, pertence ao povo do Estado (cf. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esbôço*, nota ao art. 331, *in fine*).

4. BENS DO ART. 66, II. – Os bens de que fala o art. 66, II, são do Estado, por direito público; diziam-se, antes, "bens da Coroa". O titular dêles não é o povo, mas a pessoa de direito público (União, Estado-membro, Município, etc.) inclusive a pessoa de direito público externo (*e. g.*, Embaixada, ou Legação estrangeira). É por direito público que são do Estado, sendo-lhes estranha a concepção de propriedade privada, instituição de direito privado.

O art. 66, I, é exemplificativo. Nêle, não se falou, por exemplo, de lagos e lagoas navegáveis. Todavia, o art. 66, I, não é regra jurídica de propriedade; mas de classificação dos bens, razão por que a discussão em tôrno) de pertencer ao Estado ou aos particulares o lago ou lagoa, que se travou no Supremo Tribunal Federal, a 28 de janeiro de 1924 (*R. de D.*, 80, 100), não poderia ser interpretativa do art. 66, I, e tinha razão, ao seu tempo, o voto vencido de EDMUNDO LINS, no plano da questão de propriedade. O art. 66, I, refere-se ao uso comum do povo, que é destinação. As ruas estão em tal caso, mas podem ser públicas sem se destinarem ao uso comum do povo. Podem pertencer à União, se em zona que pertença à União, e podem ser públicas do Estado-membro, ou do Município. Determina o uso comum a unidade a que pertence; mas o uso comum não se confunde com a competência legislativa ou administrativa quanto à viação (confusão em que incorreu o acórdão da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de janeiro de 1940, *R. dos T.*, 131, 752), ou outra atividade, competência que se regula pela Constituição de 1946, sem haver o princípio geral, *a priori*, de predominância da competência federal, em relação à estadual (distrital ou territorial) e à municipal, ou da estadual (ou territorial), em relação à municipal, que o acórdão da 2.ª Turma inavertidamente pretendeu lançar.

Os bens públicos, que normalmente se destinariam ao uso comum do povo, como os rios e suas margens, podem sofrer desdestinação, por ato de direito público da unidade que os destinou (cf. 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de abril de 1946, *R. dos T.*, 175, 823, sôbre margens de rios navegáveis).

5. BENS DO ART. 66, III. – Os bens de que trata o art. 66, III, são *propriedades* do Estado (União, Estado-membro, Município).

6. BENS PÚBLICOS "STRICTO SENSU". – São bens públicos, *sensu stricto*, os bens que pertencem às entidades estatais (União, Estados-membros, Distrito Federal, Territórios, Municípios), a título de direito público. Os

bens de que elas têm a propriedade, a título de direito privado, não são bens públicos, *stricto sensu*. Conceito mais largo de bens público é o que aparece no art. 66: "Os bens públicos são: I. Os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças. II. Os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal. III. Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades". Em verdade, a expressão "bens públicos" compreende, no art. 66, os bens de uso como do povo, os de uso especial da entidade estatal e os que, sem serem de uso público, pertencem a entidades estatais. Donde: bens de uso público são, no art. 66, os bens que pertencem a entidades estatais. Tal noção, por demasiado larga, de pouca utilidade pode ser. De comum às três classes há, apenas, além da titularidade, a incidência do art. 67.

Contra a existência de propriedade de direito público, O. VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 25) e J. BIERMANN (*Die öffentlichen Sachen*, 15); a favor, desde 1873, FR. EISELE (*Über das Rechtsverhältnisse der* res publicae in publico usu, 26; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 3.ª ed., 49 s.).

A disciplina jurídica dos bens mencionados no art. 66, I e II, é publicística; a dos bens mencionados no art. 66, III, privatística. Os chamados bens "dominicais", bens do patrimônio privado das entidades estatais, são bens que pertencem à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios, a título privado, – o que pertence ao Estado, e não se inclui no art. 66, I, ou no art. 66, II, é patrimonial, dominical, sem se poder fazer qualquer distinção quanto a serem móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis, consumíveis ou inconsumíveis. Uma vez que a inalienabilidade dêles só se pré-exclui por lei, a lei que estabeleça distinções pode separar bens disponíveis e bens indisponíveis, tornando os bens disponíveis sujeitos, quanto à disposição, a certas regras jurídicas sôbre pressupostos materiais e formais. O patrimônio indisponível passa a ser classe que se parece, sem se confundir, ou identificar, como à dos bens públicos *stricto sensu*; pois, na falta de regras jurídicas sôbre os bens dominicais, incidem as do direito privado, ao passo que, na falta de regras jurídicas sôbre bens públicos *stricto sensu*, são de atender-se os princípios gerais de direito público.

São bens patrimoniais do Estado: *a*) os créditos, pretensões, ações e exceções, de direito privado; *b*) os bens móveis ou imóveis de que haja

adquirido, originária ou derivativamente, a propriedade, tais como terras, gêneros alimentícios, produtos do solo e materiais de construção.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 150. A – Legislação

O Código revogado tratava dos "Bens Públicos e Particulares" nos arts. 65 a 68 do CC/1916.

O Código atual no Capítulo correspondente aos "Bens Públicos", no art. 98 do CC/2002, em correspondência ao art. 65 do CC/1916, faz a distinção entre os bens públicos e particulares.

Os arts. 65 e 67 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 98, 100 e 101 do CC/2002.

O Código Civil vigente acrescentou um dispositivo que não existia no Código Civil de 1916, qual seja o art. 102 do CC/2002, que dispõe: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião".

O art. 69 do CC/1916, que tratava dos "bens fora de comércio", não tem dispositivo correspondente no Código em vigor.

O uso comum dos bens públicos tratado pelo art. 68 do CC/1916 tem correspondência no art. 103 do CC/2002.

O art. 20 da CF/1988 trata dos bens públicos da União.

Devem ser mencionados, ainda: o Dec.-lei 9.760/1946 (Bens Imóveis da União); Lei 6.383/1976 (Terras Devolutas da União); Dec.-lei 227/1967 (Código de Mineração); Dec.-lei 3.263/1941 (jazidas de petróleo e gases raros) com suas modificações posteriores; Dec.-lei 2.375/1987 (Terras públicas); Lei 6.634/1979 (Faixa de Fronteira).

O art. 26 da CF/1988 trata dos bens públicos dos Estados.

§ 150. B – Doutrina

Nosso Direito Positivo sempre reconheceu como bens públicos as três categorias mencionadas no art. 99 do CC/2002: "I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades". Na categoria dos bens dominicais: "Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado" (art. 99, parágrafo único, do CC/2002).

Segundo o texto do art. 98 do CC/2002 poder-se-ia entender que fora os bens públicos mencionados, todos os demais seriam particulares. Todavia, como assevera Washington de Barros Monteiro, há bens "que não são públicos nem particulares por não pertencerem a ninguém, como, por exemplo, os animais selvagens em liberdade, as pérolas que estão no fundo do mar, os tesouros, as águas pluviais não captadas, as coisas abandonadas, a *res nullius* etc." (Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 157).

Na espécie de bens públicos incluem-se as coisas corpóreas e incorpóreas pertencentes ao Estado.

Os bens públicos de qualquer das categorias mencionadas, são inalienáveis e imprescritíveis. Merece destacar que, quanto à imprescritibilidade dos bens públicos, o art. 102 do CC/2002 dispõe expressamente que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião.

Como consequência da inalienabilidade, os bens públicos são impenhoráveis.

O art. 69 do CC/1916 dispunha: "São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis"; mas não possui dispositivo correspondente no Código Civil de 2002.

Todavia, mesmo que não haja dispositivo semelhante ao art. 69 do CC/1916, entende a doutrina que a regra contida em tal dispositivo continua a ter aplicação.

Isto porque, a dicção contida no revogado art. 69 do CC/1916 representa noção solidificada, independente de texto legal expresso a respeito, como acontece no Código Civil de 2002.

Há no comércio jurídico, bens alienáveis e bens inalienáveis. Daí a conhecida lição de Clóvis Bevilaqua, que há duas classes de coisas fora do comércio: "a) as insuscetíveis de apropriação individual; b) e as que o direito subtrai à circulação" (*Comentários ao Código Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1959. vol. I, p. 245). Acresça-se uma terceira classe correspondente aos bens da personalidade que são inalienáveis, como a honra, a liberdade, o nome civil, os tecidos, órgãos e partes do corpo humano que, como vimos na atualização feita ao § 116, não podem ser objeto de comércio.

Consideram-se coisas fora do comércio todas aquelas que são incapazes do domínio do homem, como a luz, o ar, o mar, "mas essas coisas consideradas em sua totalidade, pois que, tomadas em parte, podem elas ser objeto de comércio, como quando se instala uma aparelhagem para extrair certos elementos da atmosfera, ou se ocupa uma porção do mar para determinados fins" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 402, n. 223).

§ 150. C – Jurisprudência

Súmula 650 do STF: "Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto".

"O simples fato de se tratar de imóvel situado em faixa de fronteira não faz com que o mesmo se torne propriedade da União" (*RIDA* 5/158, em: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80, nota 4 ao art. 98).

"'O que caracteriza a empresa pública é o seu capital exclusivamente público' (...)" (STJ, EDiv no REsp 695.928/DF, Corte Especial, j. 18.10.2006, rel. Min. José Delgado, *DJ* 18.12.2006).

§ 151. BENS DE TODOS

1. CONCEITOS. – Os bens públicos são, em senso estrito, os bens de uso comum do povo e os de uso especial, isto é, que não pertencem, em direito privado, às pessoas de direito público, com destinação estatal administrativa, nem para outro uso, ainda que de outro titular. A dicotomia "bens públicos a título de direito privado e bens públicos a título de direito público" supõe resolvida a questão de haver modo de adquirir *iure publico*. Não é nesses dois sentidos que se fala de bens públicos no art. 66, I e II, e no art. 66, III. A tricotomia atende à diferença do uso, e não à de titularidade. Deixou-se lògicamente resolvida, noutro ramo, a questão da titularidade e sua fonte. O titular do direito sôbre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público, – é o povo mesmo, pôsto que ao Estado caiba velar por êles. O que se chama teoria da propriedade pública não é mais do que teoria do uso público, da destinação especial dos bens ditos públicos. Os bens públicos do art. 66, III, pertencem, em direito privado, ao Estado; a disciplina da propriedade, que se constrói no direito civil, prevê que se publicize a destinação dos bens ditos públicos. Tal o sistema do Código Civil, que se forrou a certas novidades dos publicistas (aliás já quase seculares); e foi defendido, com razão, por O. GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, II, 20 s.), J. HATSCHEK (*Lehrbuch*, 5.ª-6.ª ed., 433 s.), H. BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire*, 481 s.), R. H. HERRNRITT (*Grundlehren*, 379), F. FLEINER (*Institutionen*, 8.ª e., 354), e F. CAMMEO (*Corso*, II, 997).

As estradas, ruas e praças, e os rios, de que fala o art. 66, I, são, de regra, bens do Estado, que sôbre êles exerce poder público, e não o poder de proprietário. Por serem destinadas ao uso comum, tal poder público está *limitado* pela destinação, que se lhes deu e sòmente por lei se pode mudar. Tal destinação cria deveres ao Estado, entre os quais está o de conservação: se os não trata como os deveria tratar e resultam danos por culpa, é invo-

cável o art. 159. Se por lei se apaga a destinação ao uso comum, cessa o limite ao direito público a tais bens. Enquanto tal destinação não cessa, há direito líquido e certo a uso comum, suscetível de proteção por mandado de segurança (Constituição de 1946, art. 141, § 24).

Se os caminhos públicos pertencem, em direito privado, ao Estado, que os destinou ao público, tudo se passa como a respeito das estradas, ruas e praças, rios, cais e praias.

O uso comum é exercício de direito público; e não de direito privado (A. UBBELOHDE, *Die Interdicte*, II, 536, pensava em servidão, ou semelhante direito de ordem privada, o que é de repelir-se). Se baseado em ato de destinação (*aliter*, se pela natureza das coisas), pode ser mudado o destino, respeitados os princípios constitucionais e as leis ordinárias. Todavia, se a mudança causa danos a quem teve de obedecer à destinação (*e. g.*, ao alinhamento da rua, ou da praça), há pretensão à indenização por parte do lesado, uma vez que a regra jurídica de alinhamento criou estado jurídico, que havia de ser seguido permanentemente (cf. L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 319).

2. O ART. 66, II. – Os bens de que fala o art. 66, II, são bens do patrimônio do Estado: pertencem, privatìsticamente, ao Estado, como os do art. 66, III; apenas são destinados à administração, e não a fins privatísticos. Pode dar-se que bens do patrimônio do Estado sejam destinados ao uso comum, sem se tornarem bens de todos, razão por que há bens do art. 66, I, que são do patrimônio público do Estado.

3. USO COMUM. – O uso comum não toca em igual medida a todos. O dono ou possuidor dos terrenos ribeirinhos tem *plus*, que lhe vem de causas objetivas. O direito de todos é o mesmo; o elemento fáctico da situação do terreno é que dá ao dono ou possuidor do terreno ribeirinho oportunidade de tirar maior proveito do uso comum. O seu interêsse é, por isso mesmo, mais intenso. As ações que tem são as de qualquer outra pessoa. Pode ocorrer *plus* de atribuição, como se a administração pública autoriza alguém a extrair areia do rio ou tirar pedras da rua que vai ser rebaixada de nível. Entende-se que tal autorização não exclui o uso comum normal e os direitos que nascem ao autorizado, se tais direitos nascem, são subordinados a não se mudar o destino do bem, nem se criarem perigos ao povo. Se só êsse autorizado, ou êsses autorizados podem usar para o fim determinado, excluindo-se outras autorizações, a atribuição individual se faz mais intensa, como ocorre com as estradas de ferro e os trilhos de bondes que passam ao longo da rua, ou

que a atravessam, os estabelecimentos de banhos em praias de uso comum, a utilização das correntes dos rios de uso comum. Aí já há *concessão*. O ato do Estado é negócio jurídico unilateral de direito público; dêle irradia-se o direito público subjetivo, quase sempre a têrmo, ou sob condição, à utilização tal como foi definida no ato de direito público e subordinada a limites que lhe neguem tôda mudança ou extinção de destinação. O direito público subjetivo oriundo da concessão é pessoal; não se cria com ela direito real; a posse, sim, pode surgir, a despeito da inapropriabilidade da coisa. O que se coloca no lugar de uso comum, ainda que se ligue ao bem, fàcticamente, como trilhos, cabos, quiosques, cais, muralha, ou represa, não se torna, jurìdicamente, parte integrante ou pertença da coisa pública: continua de propriedade e posse do concessionário, que dêle pode dispor e despregar, ficando apenas exposto às conseqüências de inadimplemento de deveres e obrigações, se os assumiu. Em todo o caso, pode ser estipulado que a instalação passe a ser parte integrante ou pertença do bem de uso comum (cf. Código Civil suíço, arts. 675 e 676, que é dispositivo). Se a utilização da concessão implica incursão na esfera jurídica de algum particular ou de alguma outra entidade de direito político, é preciso que aquêle ou essa consinta. O proprietário consente em negócio jurídico de direito privado. Se o negócio jurídico, por parte da entidade de direito político, é de direito privado, ou de direito público, não se pode responder *a priori*: pode ser adesão à concessão, que é de direito público; pode ser negócio jurídico, à parte ou adjeto, de concessão; pode ser negócio jurídico de direito privado.

Sempre que a concessão se refere à utilização de bem de uso comum, tem-se de entender que o Estado não se privou de conceder igual utilização a outras pessoas, salvo se há cláusula expressa ou resulta da natureza da utilização ou das circunstâncias em que se concedeu exclusividade.

A proteção do uso comum (art. 66, I) incumbe à polícia e à saúde pública, que polícia é. Contra as restrições injustificadas ao uso comum, inclusive quanto à apropriação pelo Estado sem regular desdestinação, ou tresdestinação (passagem ao uso a que se refere o art. 66, II, ou o art. 66, III), têm as pessoas os recursos administrativos contra tais atos, positivos ou negativos, e as ações intentáveis judicialmente, inclusive, se satisfeitos os pressupostos, a ação de mandado de segurança. Discute-se se, partindo de particular a turbação, pode qualquer do povo propor as ações de direito civil, inclusive as ações possessórias (*e. g.*, para que alguém não jogue no rio de uso comum do povo detritos de cozinha e outras substâncias poluintes). A resposta é afirmativa (cf. J. BIERMANN, *Die öffentlichen Sachen*, 41 s.). Pode mesmo o prejudicado pro-

por ação de indenização contra o que causou o dano, invocando o direito civil, sem que se exclua, se o réu é o funcionário público responsável, a ação de direito público, contra o Estado, fundada no art. 194 da Constituição de 1946.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 151. A – Legislação

O art. 66, I a III, do CC/1916 tem correspondência no art. 99, I a III, do CC/2002.

Importante assinalar que, quanto aos bens públicos, merece citação quanto à referência aos "mares", o Dec. 24.643/1934 (Código de Águas); Dec. 28.840/1950 (Plataforma submarina); Lei 8.617/1993 (Mar territorial).

De sua parte, em correspondência ao art. 68 do CC/1916, dispõe o art. 103 do CC/2002: "O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem".

O pedágio cobrado em estradas e a taxa de embarque cobrada em aeroportos são exemplos de remuneração pelo uso de bens públicos.

§ 151. C – Jurisprudência

Súmula 479 do STF: "As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas de indenização".

Súmula 477 do STF: "As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores".

Súmula 103 do STJ: "Incluem-se entre os imóveis funcionais que possam ser vendidos os administrados pelas Forças Armadas e ocupados pelos servidores civis".

"Os terrenos de marinha, cuja origem remonta à época do Brasil-Colônia, são bens públicos dominicais de propriedade da União e estão previstos no Dec.-lei 9.760/1946" (STJ, REsp 624.746/RS, 2.ª T., j. 15.09.2005, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 03.10.2005).

§ 152. INALIENABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

1. Conceito de inalienabilidade. – Diz-se inalienável o bem de que o titular do direito, ou outrem, por êle, não pode dispor. No concei-

to de inalienabilidade não está, *a priori*, o de não se poder, por outro modo que a alienação, perder a propriedade. Bens inalienáveis podem ser usucapidos; sôbre bens inalienáveis podem ser constituídas servidões por meio de usucapião (art. 698). Há, porem, bens que escapam à usucapião por outrem e a outros meios de perda, – os bens que se regem tão-só pelo direito público (art. 66, I e II).

2. BENS LEGALMENTE INALIENÁVEIS. – Estão fora de comércio as coisas não-suscetíveis de apropriação e as "legalmente inalienáveis", diz o art. 69. Coisas legalmente inalienáveis são as coisas a que se proibiu, em absoluto, a alienação, coisas a respeito das quais se pode dar deslocação de classe (*e. g.*, do art. 66, I ou II, para o art. 66, III, prevendo-se, a mais, a alienabilidade, ainda que implìcitamente), ou, se estavam em classe em que os bens não podem ser alienados em virtude de regra jurídica legal, quando a lei o permita. Assim, quando o art. 67 diz: "Os bens de que trata o artigo anterior só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescreveu". A inalienabilidade sem deslocação de classe é peculiar aos bens do art. 66, I, e aos do art. 66, II; a inalienabilidade dos bens de que cogita o art. 66, III, é absoluta, se a lei os fêz inalienáveis, de modo que sòmente outra lei possa *permitir* a alienação dêles "nos casos e forma" que ela-mesma estabeleça. Há, pois, quanto aos bens do art. 66, III, inalienabilidade, que lhes é peculiar, porém que contém, apenas, proibição aos órgãos do Estado, salvo se a lei os fêz "legalmente inalienáveis". Assim, a lei pode fazer legalmente inalienáveis bens do patrimônio do Estado, pondo-os, dêsse jeito, fora do comércio, a despeito de serem patrimoniais. Sòmente em tal hipótese são fora do comércio; por serem fora do comércio, não podem ser usucapidos. O Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 2.º estatuiu: "Os bens públicos, seja qual fôr a sua natureza, não são sujeitos a usucapião" (cf. Decreto-lei n. 710, de 17 de setembro de 1938). Tal regra veio alterar os princípios, regalianamente. Assim, as duas classes, que existiam, de bens dominicais, fundiram-se numa só.

No direito anterior, os bens dominicais podiam ser usucapidos. Os princípios do Código Civil estabeleciam o mesmo (sem razão, a 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 6 de junho de 1945, *J.*, 29, 403): foi a *lex specialis* que introduziu a exceção.

3. INALIENABILIDADE ABSOLUTA. – Se a inalienabilidade é absoluta, ou por ser peculiar à classe (arts. 66, I e II), ou por tê-la estabelecido a lei

(art. 69, *verbis* "legalmente inalienáveis"), o bem escapa ao direito privado da perda da usucapião. Se a inalienabilidade é relativa, o que sòmente pode acontecer respeito aos bens do art. 66, III, ou aos bens inalienáveis por efeito de negócio jurídico (*e. g.*, art. 1.723), não está fora do comércio o bem. O que primeiro importa saber-se é a qual das categorias do art. 66 pertence o bem público *lato sensu*: se à do art. 66, I, ou do art. 66, II, está fora do comércio; se à do art. 66, III, é preciso indagar se há lei que o fêz absolutamente inalienável. No Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, o art. 840 estatuiu que os bens móveis da União, que se deteriorarem e tornarem imprestáveis, hão de ser alienados, recolhido o produto aos cofres públicos, como receita, salvo o caso de haver sido, em preceito de lei, autorizada ou decretada outra aplicação ao produto da renda. A regra jurídica não sòmente apanha os bens de uso comum (art. 66, I), como os de uso especial (art. 66, II) e os dominicais (art. 66, III), absoluta ou relativamente inalienáveis. Apenas se prevê que ocorram a *deterioração* e *imprestabilidade* (pressupostos objetivos, dependentes de verificação administrativa) e exige-se, em princípio, o recolhimento do produto da alienação aos cofres públicos.

A inalienabilidade dos bens do domínio estatal apanha tôdas as suas partes integrantes (*e. g.*, florestas, 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1940, *R. dos T.*, 134, 340).

4. ALCANCE DA CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE. – A cláusula de inalienabilidade apanha todo o bem, com as suas pertenças, se com êle foram transmitidas. A questão é de interpretação do negócio jurídico. Produtos, frutos e benfeitorias têm, aí, sorte diferente, conforme a destinação do bem, entendendo-se que os produtos e frutos que, segundo o tráfico, se apanham ou colhem para a alienação, não estão clausulados. A inalienabilidade não atinge os frutos materiais e civis. *Aliter*, quanto às acessões e benfeitorias (5.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de outubro de 1935, *R. dos T.*, 106, 131; 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de outubro de 1942, 144, 537).

Se o bem é gravado com cláusula de inalienabilidade, qualquer negócio jurídico de alienação é nulo, por infração do art. 145, II, combinado com III, porque, para ser alienado, é preciso que se dê sub-rogação e, portanto, o processo tendente a isso, com a prévia autorização judicial para a alienação. Não há convalidação, nem ratificação; por se tratar de ato jurídico nulo. Por isso, disse bem a 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de

São Paulo, a 24 de novembro de 1945 (*R. dos T.*, 164, 567): "Não importa que, posteriormente, tivesse sido concedida a autorização judicial para a alienação do prédio, a fim de se operar a sub-rogação por títulos da dívida pública estadual. Essa autorização posterior não pode revalidar convenção radicalmente nula" (cf. 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, 168, 611, e 16 de novembro de 1948, 178, 336).

Se há concessão administrativa, ou autorização, que implique intransferibilidade, isso não impede que os bens empregados para o exercício do direito sejam alienados (3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de janeiro de 1946, *R. dos T.*, 163, 201), salvo se há cláusula explícita ou implícita que obste à cessação da utilização ou exploração, ou destinação dos bens, inclusive direito de preferência conferido pelo Estado a outrem.

5. CESSAÇÃO DA INALIENABILIDADE. – Todos os bens públicos (art. 66, I-III) são, hoje, inalienáveis e inusucapíveis. Contra quem alega tê-los adquirido basta que a entidade de direito público alegue e prove ser bem público. Não é preciso que alegue e prove ser de uso comum, porque bens públicos de uso especial e dominicais também são inalienáveis e inusucapíveis (sem razão, a 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de agôsto de 1945, *R. dos T.*, 157, 763, que confundiu prova do uso público com prova de ser público o bem). Todos os bens públicos sòmente podem ser alienados se a lei *o* permite e segundo ela o permita (Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1933, *R. dos T.*, 106, 820: "...são insuscetíveis de apropriação, de sorte que a sua posse" – entenda-se a posse dos bens de uso comum ou de uso especial e a posse própria dos dominicais – "não pode ser adquirida por particulares"; 1.ª Turma, 17 de junho de 1943, *R. de D. A.*, I, 163, *R. F.*, 96, 51, 4 de janeiro de 1945, *R. de D. A.*, IV, 203, 16 de janeiro de 1947, 113, 392, 19 de junho de 1950, 132, 120, 19 de agôsto de 1946, *R. F.*, 109, 104, 21 de setembro de 1943, *R. de D. A.*, I, 159, 17 de maio de 1946, *A. J.*, 93, 19, 13 de setembro de 1949, *R. F.*, 131, 415, todos incluindo os bens dominicais). Cumpre não se confunda o direito após o Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, e o direito anterior (cp. 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de junho de 1943; 3.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1.º de março de 1945, *R. de A.*, V. 205; 3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de setembro de 1942, *R. dos T.*, 141, 656, e 23 de agôsto de 1944, 155, 640).

Para que os bens de uso comum do povo possam ser alienados, é preciso que se dê a desdestinação, isto é, que passem a ser bens públicos de

uso especial ou bens públicos dominicais e a alienação obedeça à lei que regula a alienação dêsses. A 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de outubro de 1938 (*R. dos T.*, 120, 222 e 121, 684), disse: "Os bens públicos de uso comum do povo, tais como mares, rios, estradas, ruas e praças, são inalienáveis; não podem ser objeto de compra-e-venda, de cessão ou de troca. Podem, é verdade, perder o caráter de bens públicos por expressa disposição de lei, ou por circunstâncias outras (?); tornam-se alienáveis, ainda assim, sòmente nos casos e na forma que a lei prescrever". Se as coisas de uso comum são também, por sua natureza, inapropriáveis, a desdestinação é impossível.

A destinação ao uso comum do povo ou resulta da natureza da coisa, e então não pode haver desdestinação; ou provém de manifestação de vontade da entidade de direito público a que pertence o bem público. Então a destinação – negócio jurídico unilateral – importa em passagem do bem ao uso comum do povo. Poder-se-ia discutir se essa destinação é negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, ou ato-fato jurídico; mas, por certo, é de negócio jurídico unilateral que se trata, se bem que, para ela, não se faça mister "ato administrativo" (expresso!) – "decreto, ato no sentido estrito, portaria, ou qualquer outra modalidade – bastando fatos indicativos do apossamento do terreno para transformá-lo em via pública" (Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de maio de 1943, *R. dos T.*, 148, 215; 4.ª Câmara, 20 de março de 1947, 168, 33), ou em bem de outro uso comum do povo.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 152. A – Legislação

O art. 69 do CC/1916 tratava dos bens fora do comércio e não possui dispositivo correspondente no Código Civil em vigor. No entanto, a regra nele esculpida permanece eficaz diante de sua unânime aceitação pela doutrina e pela jurisprudência.

O art. 66, I a III, do CC/1916 encontram correspondência no art. 99, I a III, do CC/2002.

O art. 1.723 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.848, *caput* e § 1.º, do CC/2002.

O art. 145 do CC/1916 tem correspondência no art. 166 do CC/2002.

§ 152. B – Doutrina

Clóvis Bevilaqua distingue duas classes de bens: "a) os insuscetíveis de apropriação individual; d) e os que o direito subtraí à circulação" (*Comentários ao Código Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1959. vol. I, p. 245). São inalienáveis os bens destinados ao uso comum do povo (mares, rios, estradas, ruas, praças etc.). Aqueles bens públicos que possam ser objeto de alienação dependem de lei especial votada pelo Poder Legislativo de cada uma das entidades que formam o Estado Federal, na conformidade de onde estejam situados e respeitada a competência legislativa fixada na Constituição Federal.

§ 153. A ENERGIA ELÉTRICA E O DIREITO

1. NATUREZA DO BEM. – As energias (luz, calor, fôrça, frio, som e semelhantes) não são corpóreas, no sentido de coisa corpórea (tal como a concebiam os séculos passados): a eletricidade mesma não é tida por corpórea, inclusive a que se guarda no acumulador.

2. VACILAÇÕES. – No direito civil e no direito penal, os juristas ficaram surpresos, senão perplexos, com a aparição e as aplicações da energia elétrica (f. A. SCHLECHT, *Das Recht der Elektricität*, 4 s.): não admitiram que se tratasse de "coisa"; para êles, energia e matéria são distintas e irredutíveis, o que denuncia a permanência de superado e irritante aristotelismo. Faltou-lhes a concepção estóica, com a admissão do som, da *vox*, da fôrça, da luz, como coisa, para que se adaptasse o direito à física contemporânea (cf. DIÓGENES LAÉRCIO, *Vitae philosophorum*, VII, 56; AULO-GÉLIO, *Noctes Atticae*, V, 15). Essa resistência de mentalidade é a mesma que se observa no terreno filosófico, com o neo-aristotelismo e o materialismo histórico. Teve-se de pôr a eletricidade no trabalho humano, para se medir como tal (A. WENGLER, *Elektrizität und Recht*, 13 s.). Pensou-se em direito da personalidade sôbre a energia (ARNO KLOESS, Die Energien in und ausserhalb des Verkehrs, *Archiv für die civilistiche Praxis*, 103, 90 s.; R. SOHM, Noch einmal der Gegenstand, *Jherings Jahrbücher*, 53, 384 s.), o que importaria em distender-se a classe dos direitos imateriais, alguns dos quais o Código Civil pôs na propriedade (arts. 649-673). Seria, então, de se admitir que se prestasse a ser objeto de negócio jurídico, como o de compra-e-venda, a eletricidade; só o poderia ser de contrato de empreitada, ou de trabalho (obra). Mercadoria, suscetível de compra-e-venda, concedeu E. JÄGER (Gas

und Elektrizität, *Leipziger Zeitschrift*, 294); coisa, precisou R. SOHM (*Der Gegenstand*, 385). Recorreu A. SCHLECHT (*Das Recht der Elektricität*, 6 s.) à figura do contrato de energia, que seria criação do nosso tempo.

3. CLASSIFICAÇÃO. – Energia é coisa, como o ar, a água, a terra; tem-se de tratar como coisa, de cuja especificidade resulta ser específico o contrato de energia.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 153. A – Legislação

O Código Civil de 1916 não continha nenhum dispositivo referente aos bens móveis que incluísse a energia entre eles. Pode-se dizer que Pontes de Miranda foi pioneiro, em nosso direito ao tratar da energia elétrica como coisa possível de ser objeto de um contrato de compra e venda.

O art. 83 do CC/2002 classifica como bens móveis para os efeitos legais "I – as energias que tenham valor econômico".

CAPÍTULO III
SUB-ROGAÇAO

§ 154. CONCEITO DE SUB-ROGAÇÃO

1. SUB-ROGAR. – O conceito de sub-rogação não é nôvo. Todavia, os juristas romanos desconheceram a acepção atual, larguíssima, de *sub-rogar*. A sub-rogação de pessoa em lugar de outra, sim, tiveram-na êles (H. G. HEUMANN, *Handlexicon*, v. *subrogare*). O conceito envolveu com o direito canônico, até chegar ao conceito francês da sub-rogação pessoal e ao de sub-rogação real. Sub-rogação dá-se pela mudança no sujeito (Código Civil, arts. 985, 814, § 2.°, 1.495, 1.497): é a sub-rogação pessoal, concepção francesa. Dá-se também pela mudança no objeto, sem que se modifique o bem na sua totalidade. *Pretium, in universalibus, succedit in locum rei, et res in locum pretii*, dizia a glosa; veremos as estratificações conceituais que vieram após.

Nos pós-glosadores, a teoria dos *universalia* foi que serviu a isso. JASON MAYNUS escreveu: "Legatum universale gregis vel peculii comprehendit omne futurum incrementum etiam contingens post testamentum... quia universitas, sicut est grex, sui natura recipit incrementum et deminutionem: et tamen est semper idem. In istis universalibus (ut grex, peculium) unum subrogatur loco alterius et *ipsa universitas* remanet eadem... Sic in universalibus *pretium succedit loco rei*. Secus in legatis particularibus". Nisso viu J. KOHLER (Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, *Archiv für bürgerliches Recht*, 22, 4) a teoria das *universitates iuris*, mas pareceu a outros que o texto se caracterizou pela alusão sòmente aos *universalia* (A. WALLER, *Surrogation*, 5). Só depois é que se desenvolve a doutrina das *universitates rerum*, em *iuris* e *facti*, ou, noutros têrmos, *legis* e *hominis*.

Na polêmica contra o princípio da sub-rogação (WÄCHTER, *Erörterungen*, 9), reconheceu o conceito dos *sub-rogados* como geral, entendível de si mesmo: à "colocação jurídica de uma coisa no lugar da outra" chamou *sub-rogação* (não *Surrogation*, mas *Surrogierung*, alemãmente). A doutrina germânica prosseguiu à procura do princípio. Mas foram os Franceses que mais amplamente adotaram a *sub-rogação real* do direito comum. A velha regra *pretium succedit* ainda vigora. É *princípio geral*, não explícito, cuja existência é suposta por muitas aplicações legais particulares (Código Civil francês, arts. 132, 747, 766, 1.066, 1.067, 1.069, 1.407, 1.433, 1.434, 1.552, 1.559). Porém os clássicos franceses recorriam à *ficção*, fundada na fungibilidade dos elementos componentes de universalidade de direito, o que não poderia caber (pensamento de AUBRY et RAU) *in iudiciis singularibus*, por lhe faltar qualquer base racional e legislativa. Donde terem de recorrer a exemplos fora do princípio. No Código Civil alemão, também surgiu, implícito, o princípio; alguns casos o lembraram dependente do conceito de patrimônio (*Motive*, III, 28), mas já com a novidade do *valor* ou *equivalente*, que generaliza o conceito de preço (E. WINDMÜLLER, *Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Recht*, 2), em jurídica colocação de uma coisa no lugar de outra, como já o queria C. G. VON WÄCHTER (*Erörterungen*, 13, obs. 48). Várias referências há nos *Protokolle* e nos *Motive*; e, com os *Motive*, C. CROME, E. ECK, F. ENDEMANN, HAIDLEN e P. OERTMANN falaram de *princípio de sub-rogação*, L. ENNECCERUS e F. SCHOLLMEYER de *commodum* tácito, consoante a concepção do direito comum, de FR. MOMMSEN (*Erörterungen*, I, 76 s.); KONRAD COSAK, H. DERNBURG, G. PLANCK e TH. KIPP nada disseram de característico. Em todo o caso, o princípio começou a revelar-se. Mas a verdade, para alguns, continuava a ser a de que aquêle princípio é o *grande desconhecido*, como disse A. WALLER (*Stirrogation*, 22). Para RITGEN (ao § 2.169), o princípio encontrou, no Código Civil alemão, numerosas aplicações, contudo sôbre êle nada disse, e como que remeteu ao direito anterior. Ainda assim, foi além dêsse direito: falou da sub-rogação em *iudicium singulare* (aqui se iniciou a campanha contra os dois velhos adágios).

2. PRINCÍPIO DE SUB-ROGAÇÃO. – Em 1900, THIELE (Studien, *Archiv für die civilistische Praxis*, 91, 1 s.) falou no princípio (e até em direito de *sub-rogação*, pôsto em princípio): achou que os §§ 1.370, 1.381 e 1.382 e outros revelam a *idéia legislativa*, formulada de vários modos. Mas o princípio assume, então, proporções um tanto estranhas: os acréscimos,

juntando-se às coisas, sub-rogam-se (91, 19). Em todo o caso, mais adiante limitou a sub-rogação à sub-rogação de uma coisa por outra, como em WÄCHTER. Depois de THIELE, E. WINDMÜLLER publicou o seu trabalho. Nêle, também se aludiu à dupla formulação do princípio: aqui, ponto de vista *puramente objetivo*, o de *pretium succedit*; ali, *subjetivo*, qual o da proveniência dos meios (*Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Recht*, 13). Deve-se-lhe a primeira tratação sistemática da moderna teoria da sub-rogação de objetos particulares. Também aqui duas formas de aplicações, – numa, *favorecimento* do legitimado ao ressarcimento, pelo risco corrido, respeito ao objeto (94), noutra, limitação do legitimado, quanto ao objeto (108). Quanto ao princípio em si, também WINDMÜLLER crê que se pode tirar dos casos particulares em que uma coisa (ou outro fato) fica no lugar de outra, em -relações tais,' que se põe na mesma situação jurídica em que estava a outra coisa (1 s.). Mas é contraditório em dizer que se não pode dar caráter geral a tal regra (2). Ou é princípio, e pode colher-se, indutivamente, – ou não no é.

Depois, J. KOHLER (Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 22, 1 s.) aprofundou melhor o problema: desceu ao conceito de *coisa*. Mas ficou no aspecto da entrada dos bens no todo patrimonial. Onde THIELE viu duas diferentes formulações do princípio, e E. WINDMÜLLER falou de variação do princípio, J. KOHLER apontou (15) dois fatos distintos, a sub-rogação e a destinação (*Bewindung*). A primeira é a entrada de uma porção de bens no patrimônio, de bens que são adquiridos com parte do patrimônio. A segunda é entrada no patrimônio adquirido, mediante o negócio jurídico que se relaciona com o patrimônio.

A atitude de A WIERUSZOWSKI (*Handbuch des Eherechts*, H, 315 s.) foi céptica. Nem definiu, nem postulou. Examinou os casos. Verdadeiros casos de sub-rogação são, apenas, aquêles em que o adquirido pelo sacrifício de certos valôres do patrimônio deva a êsse ser acrescentado. Onde a lei junta ao patrimônio adquirido, reconhecendo-lhe fôrça de atração jurídica e econômica, trata-se de *aquisição sub-rogatória* impura (303, 316 s.). E. LANDSBERG (*Das Recht des B.G.B.*, 131 s.) distinguiu a sub-rogação real e a obrigatória, no que apenas reafirmou diferenciações conceptuais anteriores. O verdadeiro caminho já o tinham aberto THIELE e WINDMÜLLER.

Nas coisas coletivas, nos *universalia*, opera-se certa organização aquisitiva necessária (art. 56). Há casos em que, no interêsse do sujeito de um bem, ou de outras pessoas que têm interêsses no bem, se estabelece o

princípio da sub-rogação. Certo, ali, há *aquisição necessária*, sub-rogação, dir-se-á; aqui, o que se verifica é a adoção de critério de destinação. A diferença mais se acentua nos bens particulares. Onde é cogente a adoção de critério de destinação é que a diferença esmaece, sem, contudo, desaparecer. Mas ¿isso justificaria cindir-se o princípio? ¿Não será êle suscetível de generalização suficiente? A sub-rogação tem de se referir a *universitas* e ao bem particular, porque êsse é unidade, como aquela. Apenas com a unidade conceptual dêsse *coincide* a unidade material, o que não ocorre com os *universalia.*

3. ANÁLISE DO FATO DA SUB-ROGAÇÃO. – Desçamos a exame mais profundo: I) São casos *de organização aquisitiva necessária* aquêles, por exemplo, em que: *a*) o proprietário da coisa perdida adquire a propriedade do produto da venda (Código Civil alemão, §§ 966, 975 e 979; brasileiro, art. 606); *b*) os bens adquiridos pelo marido com os frutos dos bens da mulher, quando se estipulou a separação de bens, porém, sendo a administração pelo marido, sem emprêgo comum; *c*) os adquiridos pelo pai com os meios e por conta do filho; *d*) os adquiridos pelo possuidor da herança. II) Auto-evolver (*Selbstentwicklung*) da relação jurídica, ou como meio para assegurar as quotas de vários sujeitos no mesmo bem, ou paca outros efeitos, temos: *a*) na obrigação de restituir o que se recebeu indevidamente, quando a restituição do objeto recebido não é mais possível, ou o que recebeu não mais a pode fazer, porque então se reembolsa o valor (mais geral o Código Civil alemão, § 818; brasileiro, arts. 967 e 968, e, quanto aos frutos, acessões e benfeitorias, art. 966); *b*) nos casos de extinção du propriedade da coisa móvel pela adjunção, comistão e confusão, em que, se o proprietário da coisa gravada adquire a compropriedade, os direitos continuam de existir sôbre a parte que substitui a coisa, ou, se adquiriu tôda, tais direitos se estendem sôbre a coisa ajuntada; *c*) no direito expectativo do achador (art. 604), que passa da coisa ao preço apurado na venda em hasta pública (art. 606, cp. Código Civil alemão, §§ 966, 973, 975, 979 e 983); *d*) no caso de sinistro da coisa hipotecada, penhorada, sujeita a anticrese, renda ou outro direito real (art. 762, § 1.°, 735, § 2.°, 745 e 748); *e*) no caso de desapropriação da coisa nas circunstâncias anteriores (arts. 738, 745, 748 e 762). ¿E o caso em que, tornando-se impossível uma prestação, o devedor obtém ou pode obter, de outrem, indenização? Aí, o credor pode exigir o que aquêle obteve ou a cessão dos seus direitos. Explícito, o Código Civil alemão, §§ 281, 323; só em princípio não escrito, o brasileiro. ¿Será crédito do lado

do credor? ¿Será ação nascida da *relação de obrigação*? ¿Será a própria *relação*? *Sub-rogação* é que não é. Na Alemanha, foi influxo da teoria do *commodum*. K. HELLWIG (§ 37) vê direito *nôvo*, e não *mudança*; mas verdade é que, antes do Código Civil alemão, se dava aplicação ao princípio da sub-rogação (F. SCHOLLMEYER, ao § 281, E. WINDMÜLLER, *Die Bedeutung und Antoendungsfälle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Recht*, 101, Código Civil francês, art. 1.303: "il est tenu... de les ceder à son créancier"). Os arts. 865, 2.ª alínea, 868, 870 e 871 não nos permitem pensar na *sub-rogação real*. III). Casos há em que à pessoa, que tem certo direito, outro, nôvo, lhe *nasce*, em virtude da lei ou dos princípios gerais. Exemplos: *a*) no usufruto e nos direitos reais de garantia, se recaiem sôbre certa parte do bem e a divisão se faz, passa (o Código Civil alemão, § 1.066, alínea 3.ª, 1.258, alínea 3.ª, diz "nasce", *gebuhrt*) *o* usufruto ou o direito real aos objetos que sucedem à parte do comproprietário; *b*) pela prestação do devedor ao usufrutuário, adquire o credor a propriedade da prestação (salvo sôbre imóveis, pois depende de transcrição, art. 715, – é direito *real*); *c*) a posição jurídica do que pede o *seqüestro* dos bens sôbre que litiga com fundamento na propriedade ou posse (em geral, o direito *nascido* da penhora). No caso *a*), vêem os mais dos juristas ação -pessoal, salvo FUCHS, nota 4 ao § 1.066, que sustenta ser *direito real*, adquirido *ipso iure* (contra, L. ENNECCERUS, H. DERNBURG e A. WALLER). No Brasil a opinião de FUCHS é que é acertada (cp. art. 631). O caso *b*) *é* de *direito real* (L. ENNECCERUS, M. GREIF). Mas *identidade* ou *novum*? Cremos que identidade, porque se vê o direito real, *relação jurídica abstrata*, e não a coisa, ou o direito à coisa *concretamente considerado*. No caso *c*), o direito não é *real*. O Código Civil alemão é diferente do brasileiro: há direito do achador à aquisição da propriedade da coisa achada (§§ 976 e 977). IV) Auto-evolver das coletividades de direito, particularmente dos patrimônios separados: *a*) pertence ao ativo social tudo que se adquiriu em virtude de direito, que caiba ao ativo social, ou como indenização da destruição, deterioração ou desvio de objeto que dêle faça parte; *b*) o imóvel adquirido com a importância do dote, quando êsse consistiu em dinheiro, será considerado dotal (art. 291); *c*) os bens adquiridos com valôres pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares, não se comunicam (art. 269, II, e o preceito toca ao patrimônio do cônjuge ou ao bem de per si; mas êste caso se subsume naquele); *d*) são incomunicáveis os bens cuja aquisição tem por título causa anterior ao casamento (art. 282); *e*) os bens adquiridos com os valôres deixados

ao filho com exclusão do usufruto paterno, ou para fim certo e determinado, ficam livres do usufruto paterno (art. 390, I e II), bem assim os que se adquiram com os valôres adquiridos pelo filho ilegítimo, antes do reconhecimento, ou em serviço militar, de magistério ou em qualquer outra função pública; *f*) os deixados com exclusão da administração paterna, ou quando os pais foram excluídos da sucessão (arts. 391, 1.602), também escapam ao usufruto paterno; *g*) o que se adquire em virtude de direito pertencente à herança, ou em virtude de indenização (perua, deterioração ou destruição da coisa), ou de ato jurídico tocante à herança, desta será parte.

4. OPERAÇÃO SUB-ROGATÓRIA. – Na sub-rogação, dá-se a substituição jurídica de um bem a outro, de modo que o adveniente – seja de crédito, seja indenização, seja imóvel ou móvel, que se substitui a bem da mesma ou de outra natureza – se submeta ao mesmo regime. Para que ela se dê, é preciso: *a*) que outro bem, – o nôvo ou adveniente, – entre no patrimônio, de onde um bem saiu; *b*) que exista patrimônio sujeito a regime próprio. Dentro de tais condições, é possível pensar-se em princípio diretor da sub-rogação. Alguns autores explicam a sub-rogação como *ficção* legal (AUBRY et RAU, IX, § 575, E. FLACH, J. PAULMIER): *Subrogatum sapit naturam subrogati*; mediante os dois velhos adágios e a noção (*fictio!*) da fungibilidade dos elementos do patrimônio. Todo valor que entra em *universalidade de direito*, sub-roga-se, de pleno direito, ao que lhe cedeu o lugar. *In iudiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii.* Em se tratando de bens individualmente considerados, não poderia ser aplicado, de plano, o princípio da sub-rogação; seria preciso que, a respeito, houvesse lei especial ou declaração das partes. *In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii.* Mas a noção de fungibilidade nada tem que ver com a de sub-rogação. Seria caso de fungibilidade, se déssemos maior largueza à definição de coisa fungível, porque a usual, a exata, não serviria; ou seria outra, ao lado da usual, a fungibilidade jurídica, o que não adiantaria ao propósito de definir a sub-rogação. Tal a teoria clássica, dominante até pouco em França e única de que tinham conhecimento os juristas brasileiros.

A sub-rogação não depende da unidade de sujeito e da pluralidade de patrimônios. a) Basta que haja bem submetido a destino especial, ou que se tenha de assegurar a restituição de massa de bens. b) Fora disso, sim, é que é preciso o texto especial. Não há *ficção*: existe *regramento jurídico*, como qualquer outro; destinado a fim especial um bem, o seu *valor* é o que

importa (a respeito, foi decisiva a contribuição de E. WINDMÜLLER, 2 s., ao mostrar a *generalização* do conceito de preço pela noção de *equivalente* ou *valor*): porque o destino jurídico concerne aos *valôres*, e não aos objetos materiais, tanto assim que o preço do altar vendido, caso-tipo de destinação do objeto material, não se sub-roga ao altar. Ora, se concerne ao valor e com o valor se comprou o bem, nem o preço sucede no lugar da coisa, nem a nova coisa no lugar do preço: o *valor* toma outra *forma*, que é a do objeto nôvo. As formas passam, sucedem; o *valor* subsiste. Temos, pois, que existe *princípio da sub-rogação*, e só não o viam juristas, porque, em vez de analisarem as relações e induzirem, com exatidão, se apegavam aos adágios da glosa.

5. PRESSUPOSTOS E EFICÁCIA. – *a*) Uma vez que das relações se induziu princípio, nada obsta a que, ainda na ausência de texto, se admita a sub-rogação. O Código Civil, nos arts. 269, I, 228 e 293, parágrafo único, cogitou da sub-rogação; não o fêz a respeito dos bens parafernais: nem o precisava, porque se extraiu o princípio. *b*) Não é preciso que os bens submetidos a destinação especial constituam universalidade. Aqui, fica evidente a imprestabilidade científica da teoria clássica. Conjunto de bens ou bem singular, não importa; tão-pouco, que o conjunto tenha, ou não, o caráter de universalidade. O *valor* (preço, indenização, etc.) do bem gravado para a caução *de modo servando*, ou qualquer outra, sub-roga-se ao bem vendido, ou incendiado. Para salvar os velhos adágios, alguns juristas consideram patrimônios, universalidades, tais bens singulares; mas seria identificar *universalidade* e *destinação a fim*, confundindo noções que, se coincidem em muitos pontos, outros há em que não se superpõem. A *sub-rogabilidade* abrange as duas, sem as apagar" *c*) As conseqüências da sub-rogação são às vêzes *absolutas* e *invariáveis*, outras vêzes dependem, no tempo, de um fato, a sociedade conjugal, por exemplo; outras, só existem em relação a determinadas pessoas, ou para certas relações jurídicas. Exemplo: os casos do art. 762, § 1.°, onde a sub-rogação aproveita ao credor e a preferência a favor dêle recai sôbre a indenização e não passa ao bem comprado com essa. *d*) No caso de restituição de universalidade de bens, de um patrimônio, dá-se a sub-rogação para se saber o que tem de ser restituído. Diz-se que, aqui, não há a idéia de destinação jurídica, e sim a de *origem*; e só se tem por fito evitar que os dois patrimônios se confundam. Ora, ¿que é patrimônio senão conjunto *destinado*? A atribuição a uma pessoa também é destinação, – destinação fundamental, que toca à personalidade.

e) No caso de *restituição*, a sub-rogação depende da existência da destinação, *que é inerente ao patrimônio em relação aos outros*. Depende da relação em face do direito, nos casos em que seja patrimônio. Isso não quer dizer que dependa de lei especial (A. HENRY, *De la Subrogation réelle, conventionnelle et légale*, 1913, 319), como, sem razão, quer M. PICARD (*Traité pratique de Droit Civil français* de PLANIOL-RIPERT, III, 38); porque a *destinação jurídica* pode resultar da lei, ou não. Aliás, mesmo em França, R. DEMOGUE (296 s.) e H. CAPITANT (Essai sur la subrogation réelle, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1919, 418) reagem contra a solução daqueles, – solução, digamos nós, que constitui resíduo do velho adágio da glosa: *In iudiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii*. O Código Civil alemão constituiu passo além da teoria da sub-rogação e a generalização de *valor* já se refletiu, decisivamente, na doutrina francesa. *f*) O preço, que se sub-roga ao bem, o crédito do preço, as indenizações que podem ser devidas ou advindas de deterioração, incêndio, desapropriação, o bem adquirido em troca, emprêgo (A. HENRY, *De la Subrogation réelle, conventionnelle et légale*, 1913, 319, 347) ou reemprêgo, – tudo isso pode constituir o valor adveniente. Tudo que se adquiriu com *direito* que fazia parte do valor afeto ao fim. Mas *direito*, aí, é tudo que provém do valor ou nasce junto a êle, corpóreo ou não (A. WIERUSZOWSKI, *Handbuch*, II, 305, nota 13; L. SALAMONSKI, Das *Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des B.G.B.*, 32). Não importa se a aquisição se operou por fôrça da lei ou se por fôrça de negócio jurídico.

O que se adquiriu em virtude de direito pertencente à sucessão ou como indenidade por destruição, deterioração, subtração do objeto, ou ato jurídico que se ligue à sucessão, *pertence à sucessão*. É o princípio da sub-rogação, aplicado aos patrimônios (art. 57). O crédito que se constituiu em virtude de tal ato jurídico pertence à sucessão; mas a compensação não se dá, se o devedor *não sabia* da ligação à herança. A boa fé do devedor o exige. Tudo que acima se disse aplica-se ao adquirido pelo possuidor da herança, pelo sucessível ou pelo inventariante. O princípio da sub-rogação deixou, como se vê, de ser o *grande desconhecido*, a que se referia A. WALLER (*Surrogation*, 22). *Pretium succedit in locum rei et res locum pretii, si hereditas interfuit* (sôbre o adágio, F. WINDMÜLLER, *Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes* pretium succedit in locum rei, res in locum pretii *nach gemeinem Recht*, 1 s., R. BEYER, *Die Surrogation*, 5 s., W. BELLERMANN, *Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsäusserungen*, 3 s.).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 154. A – Legislação

O art. 985 do CC/1916 possui correspondência no art. 346, *caput* e incisos, do CC/2002, dispondo quais são os sujeitos de direito, em que se opera, de pleno direito, a sub-rogação. E o art. 814, § 2.°, do CC/1916 é correspondente ao art. 1.478, *caput*, do CC/2002, ao tratar na sub-rogação dos direitos do segundo credor que remir a hipoteca.

Os arts. 1.495 e 1.497 do CC/1916 são correspondentes aos arts. 831 e 834 do CC/2002, que tratam da sub-rogação do fiador que pagar a dívida.

O art. 967 do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil vigente, enquanto o art. 968 do CC/1916 corresponde ao art. 879 do CC/2002 e o art. 966 do CC/1916 ao art. 878 do CC/2002.

Na exposição feita por Pontes de Miranda no item terceiro deste parágrafo, onde mostra as diferenças existentes entre o Código Civil Alemão e o Código Civil de 1916, devem ser feitas as seguintes anotações: (a) o art. 291 do CC/1916 tratava da aquisição de imóvel com a importância do dote e não tem dispositivo correspondente no Código Civil de 2002; (b) o art. 269, II, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.659, II, do CC/2002; (c) o art. 282 do CC/1916 não tem correspondente no Código Civil vigente; (d) o art. 390, I e II, do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil de 2002; (e) o art. 391 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.693 do CC/2002, enquanto o art. 1.602 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.816, parágrafo único, do CC/2002.

No item quinto deste parágrafo, são citados alguns artigos do Código Civil de 1916: (a) o art. 269, I, do CC/1916 tem correspondência ao art. 1.659, I, do CC/2002; (b) o art. 228 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente; (c) o art. 293, parágrafo único, do CC/1916 não tem dispositivo correspondente; (d) o art. 57 do CC/1916 tem correspondência no art. 91 no CC/2002; (e) o art. 762, § 1.°, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.425, § 1.°, do CC/2002.

§ 154. B – Doutrina

No exame da sub-rogação, a doutrina sempre entendeu tratar-se de substituição de uma coisa ou pessoas por outra. Daí existir na primeira hipótese, a sub-rogação real e na segunda, a sub-rogação pessoal.

De outra parte, a sub-rogação pode ser legal ou convencional, quando se tratar de sub-rogação pessoal.

A sub-rogação legal decorre dos casos determinados, expressamente, em lei, como ocorrem nas hipóteses dos três incisos do art. 346 do CC/2002 (art. 985, I a III, do CC/1916).

Em geral, "enquanto na sub-rogação legal o terceiro por ela favorecido é sempre um interessado no débito, cujo pagamento realiza, na sub-rogação conven-

cional, o terceiro pode ser qualquer pessoa, mas sem interesse na obrigação. A sub-rogação resulta, por conseguinte, do simples acordo de vontades". Esse acordo de vontades "se forma tão só entre o credor e o terceiro, sendo indiferente a posição do devedor, cuja anuência não se faz necessária" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 2, p. 216, n. 188).

Pelo art. 305 do CC/2002, "o terceiro interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar, mas não se sub-roga nos direitos do credor".

§ 154. C – Jurisprudência

Súmula 188 do STF: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, até o limite previsto no contrato de seguro".

CAPÍTULO IV
BENS PÚBLICOS E DESTINAÇÃO

§ 155. USO DOS BENS PÚBLICOS

1. CONTEÚDO DO ART. 66. – Os bens de que cogita o art. 66, I, são as coisas públicas em senso estritíssimo, porque quem quer que seja tem acesso ao uso delas. Em senso estrito, elas e as de que se fala no art. 66, II, são as coisas públicas, porque ou o uso toca a qualquer pessoa, ou foram destinadas a algum serviço ou obra administrativa. Porém tal sentido engloba duas classes, de modo que se apaga a separação entre elas, que é exatamente a titularidade do uso. O que se destina a fim administrativo não é, por definição, destinado a todos. Os bens, de que se cogita no art. 66, III, distinguem-se entre si por seu valor de capital. Os de que trata o art. 66, I e II, pelo valor do seu uso imediato, ali, de todos, aqui, de administração. Os bens do art. 66, I, são utilizáveis por todos (ruas, praças, pontes, estradas, bancos de jardim, relógios públicos); os do art. 66, II, só se destinam a certa execução de serviço público (escolas, hospitais, fortificações, cemitérios, canhões e outras armas, repartições públicas). A linha discretiva entre os bens do art. 66, I, e os do art. 66, II, nem sempre é fácil de se determinar.

Os dois conceitos, de bem particular e de bem público, não correspondem, exatamente, à precipuidade da satisfação dos interêsses privados, ou públicos. Há caminhos abertos ao público que pertencem a particulares e deveres e obrigações de direito público que se integram no conteúdo do direito de propriedade e, pois, o limitam. O problema de se distinguirem os bens particulares e os bens públicos é, pois, de solução *a posteriori*. Cada sistema jurídico diz quais são os bens públicos. Tanto quanto o outro problema, inconfundível com êsse, de se precisar dentro de quais limites

fica o direito de propriedade, quais os deveres e obrigações que se lhe impõem. A propriedade privada, individual, de conteúdo preciso, se bem que a *posteriori*, primeiro surgiu para os bens móveis. Os bens imóveis estavam sujeitos a inúmeras exigências e podêres do Estado. Hoje, o direito de propriedade permite que o seu titular proceda, em relação à coisa, como entenda, *desde que não se oponha à lei*, ou *não fira direitos de outros*.

2. DEVER DE CUIDAR. – Os bens do art. 66, I, podem ser utilizados livremente, sem autorização especial da autoridade pública, que apenas tem o dever de velar por êles. Não é autorização especial a taxa de conservação, ou de pagamento do custo, ou destinada a algum melhoramento (*e. g.*, arborização, jogos, piscina). As regras de direito público que incidem são concernentes ao uso e dentro do conceito de circulação ou de utilização pública. São também de direito público as regras jurídicas que dizem como se substituem, como se alteram, ou como perdem a categoria de bens do art. 66, I, os que foram postos na sua classe. Nos países democráticos, tal substituição, alteração ou desclassificação depende de lei feita pelos eleitos pelo povo: as autoridades administrativas não podem resolver a respeito, a líbito, e pode haver a autorização, não, porém, no Brasil, a delegação legislativa (Constituição de 1946, art. 36, § 2.º). Quanto às *mãos* (lado por que se vai, lado por que se vem; ou uma só direção), é de entender-se que, salvo regra jurídica especial, à autoridade administrativa é que toca determiná-la, dando-lhe, porém, a publicidade necessária, e assumindo, pelo fato das mudanças, a responsabilidade pelos atos danosos que a falta de publicidade ou aviso cause.

No art. 68, diz-se: "O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados ou dos Municípios, a cuja administração pertencerem". Aqui, não se fala de bens de uso comum, mas sim de uso comum de bens públicos *lato sensu*. Os bens de que fala o art. 66, I, são, pela destinação, bens de uso comum, bens de todos usáveis por todos; os bens de que fala o art. 66, II, são de uso especial, ou por serem destinados a serviço ou estabelecimento estatal, ou por terem utilizabilidade objetivamente especial, de que é exemplo o uso comum do balneário do Estado, que pode ser gratuito ou retribuído (art. 68); os bens dominicais também podem ter usabilidade por todos, se a lei o estabelece, como se as terras pertencem ao Estado (art. 60, III), sem serem destinadas a uso especial (art. 66, II), e se regulou a caça, ou a pesca (cp. arts. 599-602, 592 e 593), ou os simples piqueniques, dentro dos seus limites. O art.

68 é regra de direito administrativo, heterotópica; não a tinha de inserir o Código Civil; inseriu-a porque tal atitude tivera, na *Nova Consolidação*, art. 197, § 1.°, CARLOS DE CARVALHO, que pensara no pedágio, na taxa de itinerário, na taxa de ancoragem e noutras taxas de uso.

3. VIAS PÚBLICAS POR ATO DE PARTICULARES. – Os proprietários podem estabelecer via pública, ou, a título precário, se e enquanto lhes convier, ou permanentemente. Numa e noutra espécie, é de mister a autorização do Estado (autoridade municipal, ou estadual, ou federal, conforme o caso); salvo se a circulação a título precário foi por ato dos interessados nela, que sòmente pode ser proibido pelos proprietários ou pela autoridade pública. A destinação permanente ao uso comum pode ser restrita ao uso (geral, ou especial): ou por transferência (art. 589, I, e § 1.°); ou pela renúncia da propriedade (art. 589, II e § 1.°), pois a entrega ao uso comum seguida da renúncia cria situação de apropriação pelo povo. Também pode sobrevir o abandono (art. 589, III, e § 2.°), com a arrecadação. Então, o Estado, dez anos depois, se fará dono, respeitada a destinação do uso, anterior à arrecadação.

A via não se pode tornar pública sem que a autoridade pública a destine ao uso de todos, ou ratifique a destinação feita pelo proprietário, ou admitida por êsse. A supressão do uso comum, em destinação permanente, depende de lei, salvo autorização legal ou se fôr a título precário. O fato de usar o público a via em bem do art. 66, II ou III, não lhe imprime o caráter de via pública; nem perde o caráter de via pública a que o era e passou a não ser usada pelo público. Se a destinação pública foi legalmente estabelecida e a lei acorde com a Constituição, ato de direito privado não pode afastá-la, e o próprio ato administrativo tem de ser acorde com a lei e a Constituição. O Ministério Público pode objetar com a alegação de destinação pública, ainda na ação de reivindicação intentada pelo proprietário.

De regra, para que se dê a destinação, é preciso que a autoridade pública possa dispor do bem, ou tenha nela consentido o dono dêle. É questão de interpretação se o proprietário transferiu a propriedade correspondente ao caminho (*e. g.*, dividiu o prédio em dois, entremeando o caminho), ou se apenas consentiu em que se estabelecesse a servidão. Tal servidão depende de negócio jurídico que se transcreva, ou da aquisição segundo os arts. 698 e 551. Os arts. 710, III, e 711 não incidem, em se tratando de servidão que se inclua no art. 66, I. (Alguns administrativistas falam, aí, de servidão de direito público, mas supèrfluamente: o conceito é de direito civil, e apenas

sofre a limitação resultante da incomercialidade do bem, segundo os arts. 67 e 69.) No direito brasileiro, tôdas essas questões são de apreciação judiciária, por fôrça do art. 141, § 4.°, da Constituição de 1946.

4. ALTERAÇÃO, SUBSTITUIÇÃO E SUPRESSÃO DA VIA PÚBLICA. – A lei é que pode suprimir, alterar ou substituir a via pública, ou outro bem público de uso comum. As ruas, por exemplo, não sòmente servem para a circulação como para alinhamento dos quarteirões e outras determinações urbanísticas. De jeito que a própria lei pode ferir direitos dos particulares e de entidades de direito público. Quando se dá a destinação da rua, ou da praça, à circulação pública, tem-se de determinar a largura e o comprimento, com as mais indicações sôbre donde podem começar as construções. Se não há lei especial sôbre uniformidade de construção, ou sôbre alinhamento das construções, há-se de entender que só se não permitiu construir por sôbre as calçadas ou por sôbre a faixa de terreno a elas destinada (= podem as construções começar aquém da linha extrema do terreno). A construção e conservação das ruas e estradas incumbem aos Municípios, salvo regra jurídica especial que o atribua à União, ou ao Estado-membro, ou estabeleça taxa de construção ou de conservação, ou o entregue a certo círculo de particulares interessados, que se obriguem à construção e à conservação, ou só à conservação, no todo ou em parte (preparação de calçadas e limpeza das calçadas, a cargo dos moradores contíguos). Também pode dar-se que a lei atribua a conservação a pessoa, ou pessoas, que, pela particularidade do uso, sejam causadoras de deterioração ou de sujidade (*e. g.*, fábricas, garagens, minas, estrebarias), encargos ditos *encargos precipuais* (Präzipuallasten).

5. ÁGUAS PÚBLICAS. – As águas públicas podem ser no sentido do art. 66, I, ou no sentido do art. 66, II, ou no sentido (impróprio) do art. 66, III. No sentido do art. 66, I, águas públicas são as de uso comum como os mares, rios, lagos e lagoas; e o sentido de bem da União e bens do Estado-membro, nos arts. 34, I, e 35 da Constituição de 1946, de modo nenhum significa que a água pertença à classe do art. 66, II, e não à classe do art. 66, I: apenas, naquelas duas regras jurídicas constitucionais, se discrimina – no plano do direito constitucional – a competência da União e a competência do Estado-membro. As águas públicas são de uso comum, ou não.

a) São de uso comum: *a*) os mares territoriais, nos mesmos incluídos os golfos, baías, enseadas e portos (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de

1934, arts. 1.º e 2.º, *a*; Código Civil, art. 66, I, *verbo* "mares"); *b*) as correntes, canais, lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis (Decreto n. 24.643, art. 2.º *b*), salvo os lagos e lagoas situados num só prédio particular, e por êle exclusivamente cercado, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso comum (Decreto n. 24.643, art. 2.º, § 3.º), ou, por igual, se situados em prédio do art. 66, II; *c*) as correntes que derivem de tais águas (Decreto n. 24.643, art. 2.º, *c*); *d*) as fontes e reservatórios públicos (Decreto n. 24.643, art. 2.º, *d*); *e*) as nascentes, quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput fluminis* (Decreto n. 24.643, art. 2.º, *e*); *f*) os braços de quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade (Decreto n. 24.643, art. 2.º, *f*). Diz-se feita por outra a corrente navegável, ou flutuável, quando se torna navegável, ou flutuável, pela água que recebe de outra (Decreto n. 24.643, art. 2.º, § 1.º). Por perícia determinam-se quais as correntes que fazem os lagos e as lagoas, navegáveis ou flutuáveis (Decreto n. 24.643, art. 2.º, § 2.º). Só se têm por águas públicas as águas perenes, salvo se apenas secam nos estios fortes (Decreto n. 24.643, art. 3.º). A corrente navegável, ou flutuável, não perde o caráter de água pública, porque algum ou alguns dos seus trechos não são navegáveis ou flutuáveis (Decreto n. 24.643, art. 4.º). Também são águas públicas, de uso comum, as situadas em zonas assoladas pelas sêcas (Decreto n. 24.643, art. 5.º). A água corrente, em si-mesma, não é apropriável, de modo que o direito público enche o branco que o direito privado deixa. O leito do rio, ou do riacho, não; é apropriável e, pois, regido pelo direito civil. Do direito de propriedade do leito resulta o dever – de direito público – de manter o leito em estado normal, salvo se a legislação de direito público o passou ao Estado (União, Estado-membro, Municípios) ou alguma entidade mais interessada.

b) As águas subterrâneas são *res nullius*; uma vez captadas, pertencem ao proprietário do solo (cp. Código Civil suíço, art. 704, alínea 3.ª, que considera parte do fundo a água subterrânea, à diferença da legislação austríaca e da brasileira, que a tem como *res nullius*, A. RANDA, Die rechtliche Behandlung des Grundwassers, *Festschrift für* FRANZ KLEIN, 359 s.). No art. 98, o Decreto n. 24.643 estatuiu: "O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias, etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes, nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares". No parágrafo único: "Se o aproveitamento das águas subterrâneas, de que trata êste artigo, prejudica ou diminui as águas públicas dominicais, ou

públicas de uso comum, ou particulares, a administração competente poderá suspender as ditas obras e aproveitamentos". Tal ato administrativo, que tem de ser baseado em perícia, não fica imune à apreciação judicial, se ofende direito do dono do solo (Constituição de 1946, art. 141, § 4.º). As correntes que desaparecem, em certa extensão, do solo, e reaparecem adiante, não deixam de ser de uso comum, se na origem o são. Outrossim (Decreto n. 24.643, art. 100), "as correntes que desaparecerem, momentâneamente, do solo, formando curso subterrâneo, para reaparecer mais longe, não perdem o caráter de coisa pública de uso comum, quando já o eram na sua origem".

As águas correntes são inapropriáveis e de uso comum, se não navegáveis, ou flutuáveis, e se com elas não se fazem águas navegáveis, ou flutuáveis. É isso o que se há de ler no art. 7.º do Decreto n. 24.643: "São comuns as correntes não navegáveis ou flutuáveis e de que essas se não façam".

c) São águas públicas de uso especial as que forem destinadas a algum serviço do Estado (art. 66, II), ou por serem utilizáveis exclusivamente por êle, ou por terem sido de uso comum e a lei haja especializado a utilização (Código Civil, art. 67; Decreto n. 24.643, art. 32).

d) São públicas dominicais (no sentido do art. 66, III) "tôdas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não forem do domínio público de uso comum, ou não forem comuns" (Decreto n. 24.643, art. 6.º), ou subterrâneas (arg. ao Decreto n. 24.643, art. 96), ou públicas de uso especial (Código Civil, art. 66, II).

6. Uso comum de águas. – O uso comum das águas é qualidade jurídica do objeto (R. von Jhering, Die passive Wirkung der Rechte, *Jahrbücher für die Dogmatik*, X, 387 s.) Todos podem utilizar essa qualidade das águas de uso comum, desde que, na utilização, não causem danos a outrem pelas não mais poder utilizar, ou só as poder utilizar em inferioridade com o utilizador (Código Civil, art. 160, I, 2.ª parte). Discordam os juristas sôbre se tratar de direito subjetivo, ou não. Negativamente, J. Biermann (*Die öffentlichen Sachen*, 44) e outros; afirmativamente, com razão (O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, 24 s.). Tem-se procurado ver aí simples direito público subjetivado dos habitantes de ter acesso às instituições públicas submetidas ao uso geral, porém o caso das águas de uso comum é diferente: quanto a elas, dono é o povo, e comum o uso; dando-se a cada aproveitamento apropriação do que se subtrai à corrente.

O conteúdo da usabilidade depende da natureza da água de uso comum; *e. g.*, água potável, água para lavagem de roupa, água canalizável, água para navegação ou flutuação.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 155. A – Legislação

O art. 66, I, II e III, do CC/1916 correspondem ao art. 99, I, II e III, do CC/2002.

O art. 68 do CC/1916 tem correspondência com o art. 103 do CC/2002.

No item 3 é feita referência ao art. 589, I e § 1.°, do CC/1916, que trata da perda da propriedade imóvel e tem correspondência no art. 1.275, I e parágrafo único, do CC/2002. O art. 589, II, do CC/1916 corresponde aos arts. 1.275, II e § 2.° e 1.276 do CC/2002. O art. 698 do CC/1916 corresponde ao art. 1.379 do CC/2002; o art. 551 do CC/1916 tem correspondência com o art. 1.242 do CC/2002; o art. 710, III, do CC/1916 ao art. 1.389, III, do CC/2002; e o art. 711 do CC/1916 corresponde ao art. 1.389, *caput*, do CC/2002. O art. 141, § 4.°, da Constituição de 1946 tem correspondência no inc. XXXV do art. 5.° da CF/1988, que assegura a apreciação do Poder Judiciário.

No item 5, que trata das águas públicas, são feitas referências aos arts. 34, I e 35 da Constituição de 1946 que têm correspondência nos arts. 20 e 26 da CF/1988 (respectivamente, bens da União e bens do Estado).

§ 155. B – Doutrina

A Constituição Federal, ao fazer uma enumeração completa, indica uma série de bens que pertencem à União (art. 20 da CF/1988) e aos Estados (art. 26 da CF/1988).

Os bens de que trata o art. 99, I, do CC/2002 (art. 66, I, do CC/1916 revogado), sempre se entendeu como bens de todos pela sua destinação. Os bens de que falava o art. 66, II, do CC/1916 são bens de uso especial, isto é, utilizados pelo poder público e destinados a serviço ou estabelecimento estatal.

Sobre a classificação dos bens públicos, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "O critério desta classificação é o da destinação ou afetação dos bens: as da primeira categoria são destinados, por sua natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (...); os da terceira não tem destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público (...). Já se nota, por essas características, em ponto comum – a destinação pública – nas duas primeiras modalidades, e que a diferencia da terceira, sem destinação pú-

blica. Por essa razão, sob o aspecto jurídico, pode-se dizer que há duas modalidades de bens públicos: I – Os do domínio privado do Estado, abrangendo os de uso comum do povo e os de uso especial; II – Os do domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 518).

§ 155. C – Jurisprudência

Na atualização ao § 151 vem citada a jurisprudência sobre os bens públicos.

§ 156. ÁGUAS E MARGENS

1. Conceito e espécies de águas. – Água é, em direito, todo líquido que tem a composição química da água. As águas, como os demais bens, ou são (*a*) particulares (= do patrimônio das pessoas de direito privado, ou público, que não são as de direito político); ou são (*b*) públicas, de uso especial ou não (art. 66, II e III), chamadas, como as seguintes, públicas; ou são (*c*) pertencentes, por direito público, a todos os habitantes; ou são (*d*) sem dono (*res nullius*), por serem apropriáveis (conceito de direito privado) e não estarem apropriadas.

(a) São águas particulares: *a*) as águas subterrâneas que foram apropriadas, por meio de poços, galerias ou outros reservatórios, ou aparelhos de captação; *b*) as águas pluviais que caem sôbre os prédios particulares, salvo as limitações legais; *c*) as águas dos lagos e lagoas não navegáveis, nem flutuáveis, nem por outra razão incluídas nas classes das águas a que se referem (*b*), (*c*) ou (*d*). Diz o art. 8.° do Decreto n. 24.643: "São particulares as nascentes e tôdas as águas situadas em terrenos que também o sejam, quando as mesmas não estiverem classificadas entre as águas comuns de todos, as águas públicas ou as águas comuns". Portanto, a água só é particular quando não se inclui em (*b*), (*c*) ou (*d*), *o* que é tautologia; a água também só é (*b*), se não se inclui em (*a*), (*c*), ou (*d*), e só é (*c*), se não se inclui em (*a*), (*b*), ou (*d*), e só é (*d*), se não se inclui em (*a*), (*b*), ou (*c*). No entanto, a ordem para a verificação é assaz relevante: a água há-se de entender pertencente, de direito público, ao povo, se não há obstáculo jurídico ao acesso; para que se deixe de considerar como tal, é preciso que o Estado ou o particular prove que se inclui em (*b*), ou (*a*). A discussão sôbre se se trata de (*c*), ou de (*d*), só se põe no que concerne à apropria-

bilidade, e não no tocante ao uso; porque as águas (*c*) e as águas (*d*) são usáveis por todos.

O proprietário do imóvel pode usar das águas existentes no imóvel, ou por serem subterrâneas, ou, por outra razão, *nullius*, ou por serem nascentes ou águas situadas em tais terrenos e não estarem, por algum motivo, incluídas na classe das águas comuns de todos, ou das públicas de uso especial (art. 66, II).

(b) As águas pertencentes ao Estado o são por direito privado, tão-só, e a diferença entre elas é derivada da destinação (art. 66, II e III). A água do lago interno do Palácio do Itamarati pertence, de direito privado, à União. O art. 34, I, da Constituição de 1946 discrimina águas que são do domínio federal, – discriminação que não é sòmente na dimensão constitucional e administrativa.

No art. 29, I, o Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, disse que "as águas públicas de uso comum pertencem à União: *a*) quando marítimas; *b*) quando situadas no Território do Acre, ou em qualquer território que a União venha a adquirir, enquanto o mesmo não se constituir em Estado, ou fôr incorporado a algum Estado; *c*) quando servem de limites à República com as nações vizinhas ou se estendam a território estrangeiro; *d*) quando situadas na zona de 100 quilômetros contígua aos limites da República com essas Nações; *e*) quando sirvam de limites entre dois ou mais Estados". O problema maior consiste em se saber qual o significado de "pertencem": se se trata de ser a União o titular do direito de propriedade, ou ser, apenas, o titular do direito público sôbre essas águas públicas. Noutros têrmos: se se trata de *res communes omnium* (art. 66, I), ou de *res publicae*, no sentido estrito (art. 66, II). O Código Civil discriminou-as, mas sòmente quanto ao uso (art. 66, I e II). Há três teorias: (*a*) a do direito romano, para o qual tôda a propriedade sôbre a costa do mar, até onde vai a maré alta, não pertencia, no sentido do direito privado, a ninguém, daí a apropriabilidade pela instalação; (*b*) a da propriedade privada do Estado; (*c*) a da propriedade pública. A favor de (*b*) há o art. 65, 1.ª parte, do Código Civil: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios". Contra, o art. 66, III, onde, ao se falar dos bens "dominicais", se disse serem "os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades". Portanto, não há, necessàriamente, relação de direito privado, em que seja titular do direito o Estado, quanto aos bens do art. 66, I. Quanto a (*a*), o *populus Romanus* era senhor das *res*

publicae (populicae), que se distinguiram das *res privatae*; sem que o *populus Romanus* fôsse pessoa privada, ou, até, pessoa. Daí a identificação: coisa do *populus Romanus*, coisa de todos; o que por direito público pertence a todos, a ninguém, por direito privado, pertence. Só assim se pode entender que, na L. 1, pr., D., *de divisione rerum*, 1, 8, de GAIO se tenha o que lá está (quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur), e ULPIANO haja escrito (*Regulae*, 22, 5): "Nec municipia nec municipes heredis institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant". Quando cessou a identificação entre povo e Estado, passou a ser assaz importante saber-se se as águas públicas eram do povo ou do Príncipe, do *patrimonium Caesaris*. As *res communes omnium* continuaram de ser inapropriáveis; diminuiu o número delas. Pertenciam e pertencem hoje, de regra, a todos, à população, ao povo. As outras, que passaram ao Príncipe, escaparam do poder de todos, do poder do *incertum corpus* (cujos membros, pela morte, ou pela ausência, ou pelos nascimentos e chegadas, mudam sempre). O Código Civil brasileiro manteve a igualdade de trato, quanto ao uso, entre os mares, rios, estradas, ruas e praças (art. 66, I). A Constituição de 1946, arts. 34 e 35, discriminou, privatìsticamente, bens da União e bens dos Estados-membros, no tocante a lagos, rios, correntes de água, ilhas fluviais e lacustres e terras das fronteiras. A enumeração do art. 29, I, do Decreto n. 24.643 não é privatística. Seria absurdo interpretar-se que as águas do mar são propriedade do Estado, ou que o sejam as situadas nos Territórios, ou as que servem de limites com os Estados vizinhos, ou se estendem a território estrangeiro, ou que o sejam as águas situadas nas zonas de cem quilômetros (hoje, cento e cinqüenta) contíguas aos limites do Brasil com os outros Estados (regra jurídica anterior ao art. 34, II, da Constituição de 1946), ou que o sejam as águas que sirvam de limites a dois Estados-membros ou outras unidades políticas, ou que percorram parte de divisas ou mais unidades políticas, sem que tenham nascente e foz na mesma unidade política. Tal direito da União é público. Nada tem com o direito de propriedade; pode coexistir com o direito de propriedade de outrem, sempre que, *in casu*, a água seja apropriável. O Estado (a União) pode ter aquêle direito público e o de propriedade, se apropriável a água. Pode êle, então, destiná-la, ou não, ao uso comum (art. 66, I), ou ao uso (público) especial (art. 66, II), ou ao uso privado (art. 66, III).

O Decreto-lei n. 852, de 11 de novembro de 1938, art. 2.°, I-V, desceu ao direito privado e estatuiu que pertencem à União, no plano do direito privado (como direito de propriedade), as "águas dos lagos, bem como dos

cursos de água em tôda a sua extensão que, no todo ou em parte, sirvam de limites do Brasil com países estrangeiros" (art. 2.°, I), "as águas dos cursos de água que se dirijam a países estrangeiros ou dêles provenham" (art. 2.°, II), as águas "dos lagos, bem como dos cursos de água, em tôda a sua extensão, que, no todo ou em parte, sirvam de limites" a Estados-membros, Distrito Federal ou Territórios (art. 2.°, III), sendo de notar-se que a propriedade seria federal, porque o enunciado cabe no art. 34, I, 2.ª parte, *verbis* "que banhem mais de um Estado" (= Estado-membro), as águas "dos cursos de água, em tôda a sua extensão, que percorram territórios de mais de um Estado brasileiro" (art. 2.°, IV), "as águas dos lagos, bem como dos cursos de água existentes dentro da faixa de cento e cinqüenta quilômetros ao longo das fronteiras" (art. 2.°, V). A indispensabilidade da zona é fixada por lei. Foi de cem quilômetros a faixa (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 29, I, *c*); passou a ser de cento e cinqüenta (Decreto-lei n. 852, de 11 de novembro de 1938, art. 2.°, V). Pode ser estendida, por desapropriação, se as terras não são sem dono. Dessas águas algumas são destinadas ao uso comum, sem entrarem na classe (c). Por exemplo, as de que fala o art. 3.° do Decreto-lei n. 852: "São públicas de uso comum, em tôda a sua extensão, as águas dos lagos, bem como dos cursos de água naturais, que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por tipo qualquer de embarcação". Todavia, a legislação especial da zona de segurança pode pré-excluir a incidência do art. 3.° do Decreto-lei n. 852.

A polícia da União é independente, aí, da propriedade, isto é, de terem donos, ou não, as terras, de serem do Estado-membro, ou de algum particular, ou adéspotas, ou comuns a todo o povo. O legislador entendeu que as terras devolutas, na zona de segurança, deviam passar à União, *ipso iure*; melhor seria que tivesse redigido regra jurídica à parte, para não incorrer no êrro de falar de domínio quando teria de ressalvar a jurisdição. Seja como fôr, sôbre a zona de segurança há jurisdição federal, ao lado do Estado-membro, ou do Território; se a terra ou água é devoluta, passou, a 18 de setembro de 1946, à União, como bem público de uso especial (Código Civil, art. 66, II), ou não (art. 66, III); se particular, pode ser desapropriada pela União, e não pelo Estado-membro, ou pelo Território. Para que o Estado-membro ou o Território aí possa ser proprietário depende de ato de aquisição permitido pelas leis, inclusive lei de desapropriação.

(c) As águas pertencentes, por direito público, a todos, são as marítimas (incluídas as dos golfos, baías, enseadas e portos), as águas dos lagos ou dos cursos de água naturais, que, em algum trecho, sejam flutuáveis

ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação (Decreto-lei n. 852, art. 3.°), as correntes de que se façam essas águas (Decreto n. 24.643, art. 2.°, *c*), as nascentes quando forem de tal modo consideráveis que, por si só, constituam o *caput fluminis* (Decreto n. 24.643, art. 2.°, *e*), os braços e quaisquer correntes públicas, desde que os mesmos influam na navegabilidade ou flutuabilidade (Decreto n. 24.643, art. 2.°, *f*).

Nas Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 8.°, falou-se dos "rios navegáveis" e dos "de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo", para se dizer que, "pôsto que o uso dos rios seja igualmente comum a tôda a gente, e ainda a todos os animais, sempre a propriedade dêles fica no patrimônio real". Hoje, a distinção entre o direito público sôbre a coisa de uso comum e a propriedade do Estado, depende de lei ordinária. O Código Civil, acertadamente, não entrou nesse assunto: só lhe incumbia tratar da *propriedade.*

2. ÁGUAS COMUNS. – Quanto às águas comuns do art. 71 do Decreto n. 24.643, havia, no direito anterior, discrepância das doutrinas: (*a*) uns entendiam que pertenciam aos donos dos prédios por elas banhados ou atravessados; (*b*) outros excluíam que estivessem apropriadas, seriam adéspotas (*res nullius*); (*c*) outros sustentaram pertencerem ao Estado ou outra entidade de direito público constitucional (sôbre isso, GUILHERME ALVES MOREIRA, *As Águas no Direito civil português*, 74-88, 337 s.); (*d*) outros que pertenciam ao povo. A solução histórica e sistemática é a que as tem por sem dono. São águas comuns: *a*) as correntes não-navegáveis, nem flutuáveis, nem formadoras de correntes navegáveis ou flutuáveis (Decreto n. 24.643, art. 7.°), inclusive as correntes que atravessam ou banham prédios confinantes ou próximos (Decreto n. 24.643, art. 71); *b*) as águas (corrente ou nascente) para as quais haja caminho público, se necessárias à vida (Decreto n. 24.643, art. 34). A adespotia, a qualidade de *res nullius*, de tais águas, não impede que delas se apropriem, dentro dos limites legais, os interessados. Não se confundem elas com as correntes e águas de domínio comum ou correntes e águas em condomínio, que são apropriadas e particulares.

3. MARGENS, BEM PÚBLICO, E MARGENS, BENS PARTICULARES. – Quanto às margens dos rios, lagos e lagoas navegáveis, ou são bens públicos de uso comum, ou são bens públicos dominicais, ou pertencem a particulares. O critério para se verificar se a margem é particular é o do exame do título.

O que, na vigência da Constituição de 1934, não era do domínio particular, continuava bem público, sem se poder pensar em qualquer usucapião. Se era do domínio particular, continuou de o ser, salvo se houve renúncia, ou abandono (Código Civil, art. 589, II e III, e §§ 1.° e 2.°), ou desapropriação (art. 590), ou publicização da propriedade particular (art. 66, III). Sendo do domínio público, sem ser de uso comum, ainda assim só tem a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território ou o Município, conforme a titularidade, o direito de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço. Titular de tal direito é o titular do direito sôbre o rio ou lago navegável (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 12, combinado com o art. 14). No art. 11 do Decreto n. 24.643, disse-se: "São públicos dominicais se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular: 1.° os terrenos de marinha; 2.° os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie. Salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis. § 1.° Os terrenos que estão em causa serão concedidos na forma da legislação especial sôbre a matéria. § 2.° Será tolerado o uso dêsses terrenos pelos ribeirinhos, principalmente os pequenos proprietários, que os cultivem, sempre que o mesmo não colidir por qualquer forma com o interêsse público". No art. 12, acrescentou-se: "Sôbre as margens das correntes a que se refere a última parte do número 2 do artigo anterior, fica sòmente, e dentro apenas da faixa de 10 metros, estabelecida uma servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço". Mas, no art. 14, estatuiu-se: "Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias". ¿Como se hão de conciliar o art. 12 e o art. 14? Aquêle, referindo-se ao art. 11, 2.°, cogitou de servidão; êsse definiu terrenos reservados. A Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867, art. 39, falava de sete braças que se reservavam para a servidão pública; o Decreto n. 4.105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 1.°, § 2.°, de "terrenos reservados para a servidão pública". A terminologia era lamentável, porque se falava de servidão na coisa própria e se limitava o uso pelo titular do direito. Foi essa terminologia que o Decreto n. 24.643 herdou. Abstraiamos dos têrmos impróprios. O que o Decreto n. 24.643 estabeleceu foi que, nos terrenos que não sejam particulares, nem de uso comum do povo, a entidade de direito público sòmente tem o direito de trânsito para os seus agentes, se

em serviço, o que constitui limitação do direito de propriedade pública. Se as margens eram particulares ao tempo da Constituição de 1934, não pode a entidade exercer o trânsito, por seus agentes em serviço (4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1945, *R. dos T.*, 157, 691). Então, rege o art. 54 do Decreto n. 24.643: "Os proprietários marginais de águas públicas são obrigados a remover os obstáculos que tenham origem nos seus prédios e sejam nocivos aos fins indicados no artigo precedente". A 2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de maio de 1939 (*R. dos T.*, 122, 72), tirou, com todo acêrto, as seguintes ilações: "...a administração pública só fará a remoção dos obstáculos quando, intimados os proprietários, não cumprirem a obrigação. Não lhe é permitido, por deliberação própria, e sem audiência judiciária, invadir a propriedade particular para efetuar o corte de madeiras". Se as margens eram bem público, bem público continuam de ser: nelas não se pode estabelecer propriedade, nem posse, salvo por ato do Estado, que daquela e dessa, ou sòmente dessa disponha; não há usucapião. Se as margens eram bem particular, ou continuam de ser bem particular de quem era dono, ou seus sucessores, ou ocorreu renúncia, ou abandono, ou desapropriação, ou publicização da propriedade particular (art. 66, III).

4. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS NAS MARGENS DOS BENS PÚBLICOS. – Se as margens são bem público, – ou são de uso comum do povo (art. 66, I), ou são de uso especial, ou são dominicais. Se são de uso comum do povo, o Estado pode tomar as medidas administrativas compatíveis com a destinação, desde que não turbe ou não exclua o uso comum do povo. Se as margens são de uso especial, o uso especial é que determina o conteúdo do direito do Estado quanto às medidas administrativas: se essas turbam ou excluem o uso especial, o problema é de direito administrativo, quanto a se saber como se pode dar a ingerência da autoridade administrativa fora do uso especial e além do que se permite no art. 12 do Decreto n. 24.643, ou como se pode desespecializar o uso. Se as margens são bem público dominical (art. 66, III), então incide o art. 12 do Decreto n. 24.643, que restringe o uso da propriedade à própria entidade pública dona das margens. Se as margens são bem particular, o art. 12 não incide: incidem os arts. 53-57 do Decreto n. 24.643. Diz o art. 53: "Os utentes das águas públicas de uso comum ou os proprietários marginais são obrigados a se abster de fatos que prejudiquem ou embaracem o regime e o curso das águas, e a navegação ou flutuação, exceto se para tais fatos forem especialmente autorizados por alguma concessão". Trata-se, quanto às margens,

de caracterização do conteúdo do direito de propriedade particular das margens e conseqüente alusão ao ato-fato ilícito que pode resultar do mau uso ou não-vigilância da propriedade. Se o dano proveio de fato ocorrido nas margens particulares, não se precisa do elemento da culpa (Decreto n. 24.643, art. 53, *verbis* "de fatos que prejudiquem ou embaracem"; e art. 56, *verbis* "dano que causarem"). Não se exige que o fato resulte do uso. O art. 53 refere-se a utentes das águas públicas de uso comum e aos proprietários marginais, e não a utentes da propriedade marginal. O proprietário não é responsável pelo fato de que não foi causa ato positivo seu ou omissão sua (*e. g.*, obstrução por desabamento de terras inundadas), mas é responsável, ainda sem culpa, pelo fato cuja causa foi ato seu, positivo ou negativo. Responde, portanto, pelo ato-fato ilícito. Tal responsabilidade é pré-excluída pela concessão que permita tais atos positivos ou negativos. Todavia, a concessão não pré-exclui a responsabilidade pela culpa (ato ilícito absoluto, Código Civil, arts. 159 e 160). No parágrafo único, estatuiu o Decreto n. 24.643, art. 53: "Pela infração do disposto neste artigo, os contraventores, além das multas estabelecidas nos regulamentos administrativos, são obrigados a remover os obstáculos produzidos. Na sua falta, a remoção será feita à custa dos mesmos pela administração pública". O ato-fato jurídico dá ensejo: *a*) à imposição de multas, conforme os regulamentos administrativos; *b*) à cominação para remoção dos obstáculos a que o art. 53 se refere, judicialmente, de acôrdo com o Código de Processo Civil, arts. 302, XI, *a* e *b*, e 305 (a intimação administrativa é suscetível de dar causa a mandado de segurança ou outro remédio para a apreciação judicial do ato administrativo, com fundamento no art. 141, § 4.°, da Constituição de 1946); *c*) à indenização (Decreto n. 24.643, art. 56). Se o proprietário não atende ao preceito, a entidade pública pode proceder à remoção, à custa do cominado (Decreto n. 24.643, art. 53, parágrafo único). O art. 305 do Código de Processo Civil é invocável, pela entidade pública (art. 305) ou pelo demandado (art. 305, §§ 1.°-3.°).

Se o fato danoso não é ato-fato, incide o art. 55 do Decreto n. 24.643: "Se o obstáculo não tiver origem nos prédios marginais, sendo devido a acidentes ou à ação natural das águas, havendo dono, será êste obrigado a removê-lo, nos mesmos têrmos do artigo anterior, se não houver dono conhecido, removê-lo-á a administração, à custa própria, a ela pertencendo qualquer produto do mesmo proveniente". "Não tiver origem nos prédios marginais", isto é, não fôr causado por ato ou omissão dos donos dos prédios marginais, nem produzido nos prédios marginais. O fato de que não foi causador o dono cria a êsse o *dever de remoção*; daí em diante, a res-

ponsabilidade dêle é pelo ato-fato ilícito, negativo (omissão de remover). Assim, quer nas espécies do art. 54 do Decreto n. 24.643, quer nas espécies do art. 54, há responsabilidade pelo ato-fato ilícito negativo, – quer quanto à remoção, quer quanto à indenização; de modo que se pode dar: *a*) a imposição de multas (art. 54, parágrafo único, e 55, *verbis* "nos têrmos do artigo anterior"); *b*) a cominação para a remoção, nos têrmos dos arts. 53, parágrafo único, 54 e 55; *c*) a indenização, ainda sem culpa (art. 56).

5. INDENIZAÇÃO PELOS PROPRIETÁRIOS DAS MARGENS. – Os proprietários das margens respondem como quaisquer proprietários (*e. g.*, art. 554, 564, 578 e 584-587) e pelo ato ilícito absoluto (arts. 159 e 160). Também pelo ato-fato jurídico, nas espécies dos arts. 53-57 do Decreto n. 24.643. Diz o art. 56 do Decreto n. 24.643: "Os utentes ou proprietários marginais, afora as multas, serão compelidos a indenizar o dano que causarem pela inobservância do que fica exposto nos artigos anteriores". No art. 57 estabelece-se: "Na apreciação dêsses fatos, dêsses obstáculos, para as respectivas sanções, se devem ter em conta os usos locais, a efetividade do embaraço ou prejuízo, principalmente com referência às águas terrestres, de modo que sôbre os utentes ou proprietários marginais, pela vastidão do país, nas zonas de população escassa, de pequeno movimento, não venham a pesar ônus excessivos e sem real vantagem para o interêsse público".

6. ÔNUS DA PROVA. – O ônus da prova de que as margens dos rios ou lagos ou lagoas dos bens públicos são de propriedade particular incumbe a quem o alega. À entidade pública sòmente toca a prova de que o rio, lago ou lagoa é bem público, de uso comum, de uso especial, ou bem dominical. A alegação de haver concessão, que permite o ato, positivo ou negativo, de modo a afastar-se a responsabilidade pelo ato-fato ilícito, tem de ser provada pelo demandado.

7. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. – Se a entidade de direito público excede o que se lhe permite quanto às medidas administrativas concernentes às margens dos rios, lagos ou lagoas, se são elas bens públicos, ou bens particulares, responde conforme o art. 194 da Constituição de 1946, tratando-se de ato de órgão, inclusive funcionário público, ou conforme os arts. 1.521, III, 1.522 e 1.523 do Código Civil, se não se trata de órgão. Assim, o direito de navegar em rio, lago ou lagoa, bem público de uso especial, não compreende o de estabelecer ancoradouro, ou pôsto de embarque, desembarque de pessoas, ou de carga ou descar-

ga de mercadorias em margens pertencentes a terceiro (Juízo de Direito de São Paulo, 18 de janeiro de 1932, *R. dos T.*, 83, 297, prolator ADRIANO DE OLIVEIRA). Se a lei vai até aí, ou se até aí vai o ato administrativo, fere a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.ª parte.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 156. A – Legislação

O regime jurídico sobre águas implantado pela Constituição Federal de 1988 teve alterações profundas ao tratar do domínio dos cursos d'água e dos recursos hídricos.

A Constituição Federal em seu art. 20 incluiu entre os bens da União (a) os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (inc. V) regulamentado pela Lei 8.617/1993; (b) o mar territorial (inc. VI); (c) os potenciais de energia hidráulica (inc. VIII) e os recursos minerais, inclusive os do subsolo (inc. IX).

De sua parte compete à União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) *b*) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos" (art. 21, XII, *b*, da CF/1988).

§ 156. B – Doutrina

A doutrina no exame da legislação concernente ao direito das águas, em busca de uma necessidade terminológica, diferencia o sentido do vocábulo "água" e o da expressão "recurso hídrico", pois é "comum encontrar em leis e manifestações doutrinárias e técnicas, a utilização do vocábulo e da expressão como sinônimos, o que na verdade não ocorre". Água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. E o gênero "recurso hídrico" é a água como bem econômico, com fins utilitários" (POMPEU, Cid Tomanik. Direito e administração de Águas no Brasil. *Revista dos Tribunais*. vol. 899. p. 33. São Paulo: Ed. RT, set. 2010).

O Código de Águas "deixou de empregar a expressão recurso hídrico e optou pelo vocábulo 'água', no que não merece crítica, mas para explicar que, por ser um código tratou do elemento hídrico em seu gênero. Ademais, a distinção entre água e recurso hídrico não precisaria estar no Código, por ser metajurídico e pertencer à hidrologia, sendo de fácil entendimento" (POMPEU, Cid Tomanik. Direito... cit.).

A Constituição de 1988 efetuou profundas modificações no domínio hídrico anterior à sua vigência.

São bens da União as águas mencionadas no inc. III do art. 20 da CF/1988, enquanto o art. 26, I, da CF/1988 incluiu como de domínio do Estado "as águas superficiais e subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União".

Com isso "tornaram-se inaplicáveis os preceitos do Código relativo às águas municipais, as comuns e às particulares" (Pompeu, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 41).

A lei 9.433/1997 instituiu a Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e estabeleceu os fundamentos, os objetivos, as diretrizes gerais de ação e os instrumentos da Política.

Com base na Constituição e na legislação especial referente ao assunto, podemos classificar as águas existentes no território nacional da seguinte forma:

"a) Águas do domínio da União: são bens da União; além dos que à época lhe pertencerem, os lagos, rios e quaisquer correntes de água de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou deles provenham, bem como os terrenos marginais e as praias marginais (art. 20, I e III, da CF/1988).

Pertencem à União os potenciais de energia elétrica, hidráulica, cabendo à União outorgar o aproveitamento, mediante autorização ou concessão no interesse nacional (art. 176, *caput* e § 1.º, da CF/1988).

b) Águas do domínio dos Estados: incluem entre seus bens as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União" (art. 26, I, da CF/1988) (Pompeu, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 51).

Estão sujeitos à outorga dos direitos de uso pelo Poder Público os seguintes recursos hídricos: (a) derivação ou captação de parcela de água existente em corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou urbano de processo produtivo; (b) extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo; (c) lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; (d) aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; (e) outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água (Pompeu, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 53).

Independem de outorga, conforme definido em regulamento: (a) o uso de recursos hídricos para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; (b) as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes e; (c) as acumulações de volumes de água considerados insignificantes (Pompeu, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 54).

Cabe à União, na forma da lei, a outorga de utilização de recursos hídricos para a geração de energia elétrica. "As outorgas estão condicionadas às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos" (Pompeu, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 54).

A outorga do direito de uso de recursos hídricos pode ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias:

não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; ausência de uso por três anos consecutivos e necessidade premente de água: (a) para atender as situações de calamidades, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; (b) de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; (c) de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; e (d) de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água (POMPEU, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 55).

A contraprestação pelo exercício do direito de uso das águas públicas com a natureza de "preço público", pela União ou pelos Estados, depende de lei específica.

Cabe ao Município, pelas múltiplas atividades concernentes ao uso e parcelamento do solo urbano, prever em seu Plano Diretor "a prestação e o desenvolvimento sustentável das águas superficiais e subterrâneas" (POMPEU, Cid Tomanik. Direito... cit., p. 55).

Perante o novo regime jurídico dado às águas pela vigente Constituição Federal e pela Lei 9.433/1997 temos o seguinte: (a) as águas serão sempre públicas; (b) em consequência não mais existem águas particulares; (c) somente o uso ou utilização das águas poderá ser outorgado pela Administração Pública Federal ou Estadual, dependendo de quem seja o titular do domínio, União ou Estado, mediante concessão, permissão ou autorização.

CAPÍTULO V
COISAS FORA DO COMÉRCIO E LIMITAÇÕES À PROPRIEDADE

§ 157. COISAS FORA DO COMÉRCIO

1. CONCEITO ROMANO. – O direito romano deixou-nos o conceito de coisas *extra commercium*. Para êle, a classe era cheia pelas *res communes omnium* (*o* ar, a água corrente, o alto mar e as costas marinhas), as *res divini iuris* e as *res publicae*, destinadas ao uso comum. No Código Civil brasileiro, art. 69, estatui-se: "São coisas fora de comércio as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis". Não suscetíveis de apropriação (não necessàriamente de outros direitos, que não impliquem *commercium*) são o ar, a água corrente como tal, o mar, etc. As coisas destinadas ao uso comum do povo não são sempre inapropriáveis, são legalmente inalienáveis (arts. 67 e 69). As outras coisas a que se refere o art. 66, II e III, são legalmente inalienáveis, pôsto que pertençam ao Estado. As coisas de uso comum- do povo podem pertencer ao Estado (União, Estado-membro, Município), ou a particular, ou serem do povo mesmo. O art. 66,1, não apoia qualquer teoria a respeito de só pertencerem ao povo, ou ao Estado, ou de só serem *res nullius*: nêle, só se cogita do uso comum do povo, e não da titularidade do direito de propriedade.

2. COISAS NÃO-SUSCETÍVEIS DE SER OBJETO DE DIREITO E OUTROS CONCEITOS. – Não se devem identificar *res extra commercium* e coisas não-suscetíveis de ser objeto de direito. Ser extra-comércio apenas significa não poder ser objeto de transmissão, salvo lei especial. Por outro lado, não se hão de identificar coisas comuns a todos (*res communes omnium*)

e coisas sôbre as quais nenhum direito pode haver: o que não pode haver, a respeito delas, é direito privado. Não são bens de direito privado. Tal o ar, que enche o espaço sôbre a terra e é inconfundível com êsse espaço. O espaço é apropriável. Tal a água corrente, que todos a podem usar, inclusive apanhar, se até êsse ato de utilização não há obstáculo fáctico (inacessibilidade da fonte, abismo antes de se chegar à água corrente) ou jurídico (haver entre o que queria utilizá-la e ela algum terreno alheio que se teria de atravessar e não se pode). Tal o mar, razão por que o que constrói no leito do mar, afastando-o, ou afastando as águas, adquiria, em direito romano, por acessão, o fundo correspondente à construção, ou apenas a posse, se não se podia pensar em acessão, mas perdia aquela, ou perdia essa, se a instalação desaparecesse. O Estado (a União) tem sôbre as *res communes omnium* direito público, de segundo grau, se são, também, por direito público, do povo; daí poder limitar, por lei, o uso comum. E tem o Estado (a União) direito público (de segundo grau ou limitado) sôbre quaisquer correntes, para resolver sôbre o aproveitamento industrial das águas e da energia elétrica e sôbre a navegação. O art. 29, § 1.°, do Decreto n. 24.643 diz: "Fica limitado o domínio dos Estados e Municípios sôbre quaisquer correntes, pela servidão que à União se confere, para o aproveitamento industrial das águas e da energia hidráulica, e para navegação". A referência a "servidão" é inadequada; derivou do êrro de se pensar, privatìsticamente, em matéria de direito público: a figura jurídica da servidão não se presta a que se lhe dê como conteúdo a prática dos atos, que se prevêem como de exercício do direito (público), concernentes às autorizações e concessões para aproveitamento das águas, ou da energia hidráulica, ou aos regulamentos e permissões para navegação, inclusive às aprovações de perícia sôbre correntes de que se fazem os lagos e lagoas navegáveis ou flutuáveis. Não há servidão; há direito público de supervisão, tendo faltando ao art. 29, § 1.°, do Decreto n. 24.643, a referência à flutuação, após a que fêz à navegação.

3. FONTES DA EXTRA-COMERCIALIDADE. – Os bens de que trata o art. 69 são *extra commercium*, ou por serem inapropriáveis, ou por serem, a despeito da apropriação, inalienáveis por lei (= só outra lei os pode tornar alienáveis, art. 67). Os negócios jurídicos a respeito da transferência de tais bens, que são, em geral, os do art. 66, têm por objeto prestação impossível, o que os faz, de início, *nulos* (art. 145, II, 2.ª parte). Portanto, o conceito de incomercialidade é mais extenso do que o de uso comum. Já assim no direito romano, onde as coisas de culto divino e o lugar da sepultura eram

extra commercium, sem serem *communes omnium*. Aliás, ainda o *patrimonium Caesaris* (L. 39, § 10, D., *de legatis et fideicommissis*, 30) e a *res litigiosa* eram tidos como *res cuius commercium non est*. A propósito da *res litigiosa* (L. 1, § 2, D., *quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt*, 20, 3), o direito contemporâneo deu solução técnica no *plano da eficácia*, em vez de o fazer no *plano da existência* (direito romano), ou no *plano da validade* (direito comum).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 157. A – Legislação

O art. 69 do CC/1916, como já dito, não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual. O art. 66, I, II e III, do CC/1916 tem correspondência no art. 99, I, II e III, do CC/2002.

§ 157. B – Doutrina

Conforme restou exposto na atualização ao § 150, apesar do art. 69 do CC/1916 não ter sido repetido no Código Civil atual, a doutrina entende que a regra contida no dispositivo revogado continua a ter aplicação.

Quanto ao mais, permanecem as considerações feitas no § 150.

§ 158. BENS DE VALOR HISTÓRICO E ARTÍSTICO

1. Tombamento de bens de valor histórico ou artístico. – Tombar (do latim *tumulus*, elevação de terra, donde *tombro* por *tômoro*, cf. A. A. Cortesão, *Subsídios para um Dicionário*, I, 140, talvez por haver marcos com alteamentos dos limites das terras) tem o significado de lançar em livro de tombo, e nada tem com *tombar* (do velho alto-alemão *tumôn*, provavelmente formado no espanhol, passando ao português e ao inglês). O tombamento é apenas, hoje, a inscrição no livro do tombo, tal como acontecia com os bens da Coroa. Os livros em que se arrolam os bens comuns a todos, ou públicos de uso especial, ou patrimoniais das entidades estatais são livros de tombo, livros em que se dizem a denominação, a situação e

os limites, ou outras características dos bens tombados. O tombo dos bens de uso comum, de que cogita o art. 66, I, tem eficácia apenas declarativa. O tombo dos bens de uso especial de regra só tem tal eficácia, se bem que se possa dar que aí se especialize o uso, que antes era comum, ou de ordem patrimonial (eficácia constitutiva), se a lei permite que se passe, por meio de tombamento, da categoria dos bens pertencentes às entidades estatais (art. 66, II e III) para a categoria de bens de todos (art. 66,1) algum ou alguns bens, o tombamento passa a ter eficácia constitutiva. O Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937 (cf. Decreto-lei n. 3.866, de 29 de novembro de 1941) cogitou do tombamento dos bens móveis e imóveis, que tenham valor histórico ou artístico, inclusive quanto às partes integrantes (*e. g.*, sítios e paisagens), ou pertenças de bens; ou de bens "colocados" no imóvel. Os pressupostos para o tombamento são de direito administrativo, bem como as regras sôbre forma. Escapam ao tombamento as obras de origem estrangeira que pertençam a Estados estrangeiros, representados no Brasil, bem assim as que estiverem em trânsito pelo Brasil, ou ocasionalmente no Brasil, em exposições comemorativas, educativas, industriais, ou comerciais, ou de propaganda ou importadas para adorno de emprêsas estrangeiras. Quais são os livros do tombo, di-lo a lei administrativa. O que importa ao direito privado é a eficácia que tem, no plano do direito das coisas, o tombamento. Diz o art. 12 do Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937: "A alienabilidade das obras históricas ou artísticas tombadas, de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, sofrerá as restrições constantes da presente lei". Não se disse que as obras históricas ou artísticas passariam a ser inalienáveis; apenas se deu ao tombamento, depois da transcrição em livro especial, a cargo dos oficiais do registo de imóveis, e à averbação na transcrição do título do domínio do imóvel, a eficácia de limitar (evite-se dizer "restringir") o poder de dispor, que tem o titular do direito de propriedade. Quais são essas limitações, no plano do direito das coisas, di-lo o Decreto-lei n. 25, nos arts. 13, 18, 19, 22 e 29. O art. 13 do Decreto-lei n. 25 subordina a eficácia real do tombamento à transcrição do assento no livro especial, a cargo dos oficiais do registo de imóveis, e à averbação na transcrição da propriedade. Tem-se de atender a que não se separou do imóvel, em que se acha, o bem móvel, de modo que, se a coisa tombada é móvel, o registo se faz no registo de imóveis. Não importa se é parte integrante, caso em que perde a independência como coisa, ou se é pertença, ou simples adorno, ou coisa utilizável. Se não é parte integrante, nem pertença, a transcrição e subseqüente averbação, ligando-a ao imóvel, cria a relação de pertinencialidade. As coisas tombadas, que não

sejam partes integrantes, nem pertenças, passam a ser pertenças em virtude das formalidades registárias. Da eficácia real do tombamento registado emanam deveres e obrigações perante o Estado: *a*) "No caso de transferência de propriedade dos bens de que trata êste artigo, deverá o adquirente, dentro do prazo de trinta dias, sob pena de multa de dez por cento sôbre o respectivo valor, fazê-la constar do registo, ainda que se trate de transmissão judicial ou *causa mortis*" (art. 13, § 1.º). *b*) "Na hipótese de deslocação de tais bens, deverá o proprietário, dentro do mesmo prazo e sob pena da mesma multa, inscrevê-los no registo do lugar para que tiverem sido deslocados" (art. 13, § 2.º). *c*) "A transferência deve ser comunicada pelo adquirente, e a deslocação pelo proprietário, ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do mesmo prazo e sob a mesma pena" (art. 13, § 3.º). Quanto ao § 1.º, a sanção é a multa de dez por cento sôbre o respectivo valor. Todavia lá está averbação, o que torna ineficaz, relativamente ao Estado, qualquer alienação, bem como ineficaz, em relação ao Estado, não a própria transmissão a causa de morte, mas a partilha, divisão ou adjudicação. Tratando-se de ato entre vivos, qualquer disposição seria ineficaz, perante o Estado, tanto mais quanto o seria adjudicação judicial em execução, ou a própria arrematação. O § 2.º exige que, tendo o proprietário deslocado o bem, o faça registar no registo de imóveis do lugar para onde se deslocou. A lei fala de "increvê-lo". Devemos entender que, à vista da certidão da transcrição e da averbação, se abre nôvo registo no livro especial do lugar, naturalmente transcrevendo-se e averbando-se no registo da transcrição do imóvel. A sanção é a mesma: a da multa; mas qualquer alienação seria ineficaz, em relação ao Estado, por analogia do art. 622, parágrafo único.

No art. 22, o Decreto-lei n. 25 criou, a favor da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, *direito real de aquisição*, como pretensão real à transmissão. Diz o art. 22: "Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os Municípios, terão, nesta ordem, o direito de preferência". No § 1.º: "Tal alienação não será permitida, sem que prèviamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao Município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo". No § 2.º: "É nula a alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a seqüestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao

transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidàriamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o seqüestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias". Trata-se de direito formativo real, que nasce no direito público e se insere no direito privado. A sanção é, também, de direito das coisas: se o proprietário notifica a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, o Território e o Município em que se encontrarem os bens a serem alienados, ou o bem a ser alienado, e, no prazo de trinta dias, os notificados não exercem o direito de preferência, perdem-no. A alienação, com infração do art. 22, § 1.°, é ineficaz (o § 2.° diz "nula" mas é de ineficácia que se trata). O negócio jurídico entre o alienante e o adquirente é que é nulo, por ilicitude do objeto (art. 145, II). A multa é de vinte por cento, com responsabilidade solidária do alienante e do adquirente. O juiz que concede o seqüestro decide, como questão prévia necessária, sôbre a nulidade da alienação, tocando aos titulares de direito de aquisição o prazo de trinta dias, após o qual, paga a dívida da multa, se levanta o seqüestro, uma vez que nenhum dos titulares exerceu o direito. A lei não diz de quando se conta o prazo de trinta dias: se do pagamento da multa, ou se do trânsito em julgado da sentença; mas havemos de entender que a multa tem de ser paga no prazo que a sentença marcar, ou, se o não marcou, imediatamente; o prazo de trinta dias sòmente corre depois de paga a multa, ou satisfeito o Estado por meio de execução forçada.

2. Gravação de bens tombados. – A transcrição e averbação do tombamento não obstam a que o proprietário grave o bem. Diz o art. 22, § 3.° do Decreto-lei n. 25: "O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca". Conforme antes se expôs, o registo de tombo não torna inalienável e, pois, ingravável o bem de valor histórico ou artístico; apenas cria limitações ao poder de dispor. Uma vez que, tratando-se de bens móveis, o registo estabelece a relação de pertinencialidade, as regras jurídicas do art. 22, §§ 3.°-6.°, dão direito de remição contra o próprio ato de alienação, ou de execução, que se refira ao imóvel. Aliás, dá-se o mesmo em relação à alienação de bem não gravado, desde que conste o registo do tombamento. Lê-se no art. 22, § 4.°, do Decreto-lei n. 25: "Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notifica-

ção". Aí, há nulidade dos editais de praça, com tôdas as conseqüências de direito processual, inclusive a nulidade da arrematação, ou da adjudicação. Acrescenta o art. 22, § 5.°: "Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remição, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir". No § 6.°, previu-se o exercício do direito de remição por parte da União, do Estado-membro, do Distrito Federal, do Território ou do Município: "O direito de remição por parte da União, bem como do Estado e do Município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar êste prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante fôr qualquer dos titulares do direito de preferência".

3. PRIVILÉGIO ESPECIAL. – Diz o Decreto-lei n. 25, art. 29: "O titular do direito de preferência goza de privilégio especial sôbre o valor produzido em praça por bens tombados, quanto ao pagamento de multas impostas em virtude de infrações da presente lei". No parágrafo único: "Só terão prioridade sôbre o privilégio a que se refere êste artigo os créditos inscritos no registo competente, antes do tombamento da coisa pelo Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional".

4. DIREITO DE VIZINHANÇA. – No art. 18, disse o Decreto-lei n. 25: "Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinqüenta por cento do valor do mesmo objeto". Aí está, a favor do titular do direito de propriedade da coisa tombada, direito de vizinhança, não previsto no direito das coisas. Trata-se de direito público de vizinhança. Os pressupostos são: *a*) o tombamento, transcrito e averbado, do bem imóvel, ou móvel; *b*) o fato de poder ser impedida a visibilidade do bem de valor histórico ou artístico por construção, ereção de monumento, plantio de árvore, estacamento, colocação de anúncios ou cartazes, ou qualquer outro objeto. Tratando-se de bem de uso comum, qualquer pessoa é legitimada para o preceito cominatório, fundado no art. 302, XII, do Código de Processo Civil, ou entidade estatal, que invoque o art. 302, XII, ou o art. 302, XI, combinado com o art. 305 do Código de Processo Civil. Se o bem é de uso especial, legitimada é a entidade

estatal, que pode invocar as regras jurídicas processuais acima referidas, bem assim quando o uso fôr comum mediante retribuição (Código Civil, art. 68). A multa, no caso do art. 18 do Decreto-lei n. 25, ou em qualquer outro caso, que se refira a percentagem sôbre o valor, pode ser fixada em avaliação prévia, ou deixar-se a liquidação posterior.

5. INFRAÇÕES DA LEI ADMINISTRATIVA E MEDIDAS A SEREM TOMADAS. – As entidades estatais têm de ser informadas de qualquer extravio (perda, furto, ou outra ocorrência), quanto ao bem cujo tombamento foi transcrito e averbado; tal dever nasce, aliás, desde o tombamento, ou, ainda, desde qualquer notificação de que se vai tombar o bem. Também é de direito administrativo não destruir, não demolir, não mutilar, ou de qualquer modo causar danos ao bem a ser tombado, ou já inscrito no livro do tombo. A responsabilidade não precisa do elemento da culpa. Também é de direito administrativo o dever de não retirar do território nacional o bem a ser tombado, ou cujo tombamento já foi feito, considerando-se retirada do território nacional a deslocação para sede de Embaixada, Legação, ou Consulado de Estado estrangeiro, ou qualquer lugar que excepcionalmente tenha exterritorialidade.

6. ENTIDADES ESTATAIS. – Na Constituição de 1946, diz o art. 175: "As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público". Titulares dos direitos, pretensões, ações, ou exceções, que nascem do tombamento bem como do direito e da pretensão a tombar bens que entrem nas categorias mencionadas no art. 175, são a União, o Estado-membro, o Distrito Federal, ou o Território e o Município em que se achem tais bens. O exercício do direito pela União estabelece eficácia do tombamento para o Estado-membro, Distrito Federal, ou Território, e o Município; o exercício do direito pelo Estado-membro, Distrito Federal, ou Território, estabelece a eficácia jurídica para o Município; o exercício do direito pelo Município, ou pelo Estado-membro, Distrito Federal, ou Território, estabelece eficácia do tombamento para a União, porque essa tem interêsse em tudo que interessa a qualquer das suas partes, como o exercício do direito do tombamento pelo Município estabelece eficácia para o Estado-membro, Distrito Federal, ou Território. Sempre que a unidade mais larga não exerce o direito, as entidades menos largas o podem exercer, porque também o têm.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 158. A – Legislação

O art. 66, I, II e III, do CC/1916 tem correspondência no art. 99, I, II e III, do CC/2002.

O art. 24, VII, da CF/1988 dispõe que a União tem competência para legislar, concorrentemente, com os Estados e Municípios sobre "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico".

O Dec.-lei 25, de 30.11.1937, que instituiu o tombamento de bens imóveis e móveis que tenham valor histórico ou artístico, bem como o Dec.-lei 3.866, de 29.11.1941, continuam em plena vigência.

Na forma do Dec.-lei 25/1937, tais bens são de uso comum. Quando é mencionado no item 5 a ação cominatória, necessário esclarecer que o Código de Processo Civil não adotou as chamadas ações cominatórias. No entanto, é possível utilizar-se da ação ordinária com preceito cominatório.

O art. 175 da Constituição de 1946 tem correspondência com o art. 23, III, da CF/1988: "é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III – Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos".

§ 158. B – Doutrina

Conforme entendimento do Autor o tombamento de bens, sejam imóveis ou móveis, de valor histórico, cultural, artístico, turístico, paisagístico e ambiental, é ato administrativo de competência de órgão do Poder Público, com o objetivo de preservar tais bens.

O tombamento pode dar-se nas três esferas do Estado: federal, estadual e municipal. O órgão federal competente é o Iphan (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). No caso do Estado de São Paulo, o órgão competente é o Condephaat (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico).

Todo cidadão, entidade pública, civil ou privada, tem o direito de solicitar a tais órgãos, bem como à que igual função exerce no Município, a proteção de bens que, pelo seu valor, considere importantes para a memória e preservação histórica, cultural, arquitetônica, arqueológica, turística, paisagística e ambiental.

O Iphan foi criado pelo Dec.-lei 25/1937.

Em pesquisa específica possível constatar-se que o Iphan, quando completou 60 anos de sua criação havia tombado mais de 20 mil edifícios, 83 centros e conjuntos urbanos, 12.517 sítios arqueológicos cadastrados, além de mais de um milhão de aspectos, incluindo o acervo museológico, e cerca de 250 mil volumes bibliográficos, arquivos e registros fotográficos, cinematográficos em vídeos.

O instituto do tombamento coloca sob a tutela do Poder Público (federal, estadual ou municipal) os bens móveis e imóveis, públicos ou privados que, por suas características históricas, artísticas, estéticas, arquitetônicas, arqueológicas, documental e ambiental, integram-se ao patrimônio cultural da Nação, Estado ou Município.

Pelo tombamento o bem cultural adquire o atributo de que nele se garanta a memória. No caso do bem imóvel, o tombamento não lhe retira a propriedade e nem implica o seu cancelamento, permitindo transações comerciais e eventuais modificações, previamente autorizadas e acompanhadas em sua execução, além do auxílio técnico do órgão competente.

PARTE III

FATOS JURÍDICOS

CAPÍTULO I
FATOS JURÍDICOS

§ 159. CONCEITO DE FATO JURÍDICO

1. FATOS DO MUNDO E FATOS DE DIREITO. – Tudo que aqui pudéssemos dizer não seria mais do que resumo do que se expôs na Introdução. O mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fácticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fácticos que passaram à dimensão jurídica, ao *jurídico*, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. Donde o problema inicial de os *distinguir* e de os *classificar*.

2. ENTRADA NO MUNDO JURÍDICO. – O fato jurídico provém do mundo fáctico, porém nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do que, no mundo fáctico, teríamos como fato, ou como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fáctico de regra jurídica: no dizer o que é que cabe no suporte fáctico da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica *discrimina* o que há de entrar e, pois, por omissão, o que não pode entrar. Donde o cuidado que se há de ter na determinação do suporte fáctico de cada regra jurídica.

Em linguagem do tempo, chamavam atenção para isso os Estatutos da Universidade de Coimbra, no Livro II, Título 3, Capítulo 8, § 5.º: "O verdadeiro e legítimo meio da sólida e exata aplicação das leis às causas

forenses consiste, precisamente, na boa aplicação das regras e princípios do direito aos *fatos*, – depois de se terem bem explorado, e compreendido tôdas as específicas circunstâncias dêle; depois de se haverem confrontado com as circunstâncias das ditas regras e das leis, de que elas foram deduzidas, e com tôdas as determinações das leis e dos fatos, por meio de um bom e exato raciocínio".

3. CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS. – Após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir de revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para se classificarem os fatos jurídicos, tivemos de assentar, preliminarmente, que (*a*) são fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fácticos) que entrem no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos *contrários a direito*, (*b*) o hábito de se excluírem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários ao direito, principalmente os atos ilícitos, provém de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos os fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários a direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que nêles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até restituição, direito ao desfôrço pessoal, à reedificação, etc.).

Donde têrmos de falar dos fatos jurídicos contrários a direito e dos atos (jurídicos) ilícitos.

Os fatos jurídicos são: *a*) fatos jurídicos *stricto sensu*; *b*) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie, como os atos ilícitos caducificantes), ora absolutos, ora relativos; *c*) atos-fatos jurídicos; *d*) atos jurídicos *stricto sensu*; *e*) negócios jurídicos.

Há figuras jurídicas que são suscetíveis de entrada em mais de uma classe, conforme a espécie, o que mostra tratar-se de duas ou mais de duas figuras, genèricamente mencionadas.

Por exemplo: a opinião que vê no pagamento, em senso estrito, contrato (*e. g.*, P. KLEIN, *Die Natur der* causa solvendi, 45 s.; F. LENT, *Die Anweisung als Vollmacht*, 30 s.), afasta-se completamente da realidade; bem assim a que nêle vê, pelo menos, negócio jurídico (A. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet*, 40 s.; L. ROSENBERG, Der Verzug des Gläubigers, *Jherings Jahrbücher*, 43, 211 s.). Nem sempre há o caráter negocial (J. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, 227 s.; R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 221 s.; P. KRETZSCHMAR, *Die Erfüllung*, I, 94 s.). Ato-fato jurídico pode adimplir (guarda da coisa, omissão, vigilância, prestação de

serviço). Outros adimplementos são atos jurídicos *stricto sensu.* Algumas vêzes tem de haver colaboração ou anuência do credor, inclusive negocial. Outras vêzes, o pagamento é por meio de negócio jurídico, ou de contrato. O pagamento, em senso estrito, é ato-fato jurídico.

FATOS JURÍDICOS EM GERAL

FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"	FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS	ATO-FATO ILÍCITO	ATOS ILÍCITOS "STRICTO SENSU"	ATOS-FATOS JURÍDICOS	ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"	NEGÓCIOS JURÍDICOS
Concepção, nascimento com vida	Responsabilidade em caso de fôrça maior ou caso fortuito	Mau uso da propriedade	Atos do art. 159 e, *a contrario sensu*, do artigo 160	Tradição da posse (artigo 520, II)	Constituição de domicílio (artigos 31-34)	Denúncia
Duração da vida até certo momento		Tomada de posse com violação da posse de outrem		Tomada de posse (artigo 493, I)	Gestão de negócios sem mandato (artigo 1.331)	Outorga de poder
Loucura, surdo-mudez, cegueira		Gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifestada do dono (art. 1.332)		Ocupação	Restituição do penhor (artigo 803, 2.ª parte)	Autorização
Viuvez				Especificação	Perdão	Assentimento a ato de outrem
Ausência				*Feitura de livro*, de quadro, de estátua	Quitação	Transmissão da posse, não *ex lege*, nem por tradição (art. 493, III)
Parentesco				Descoberta científica (artigos 649-673)		
Morte		Responsabilidade por ofensa à boa fé no trato dos negócios (*e. g.*, negar-se a assinar escritura pública)		Habitação (residência) (arts. 31-34)		Derrelicção (art. 592, parágrafo único)
Adjunção, mistura, confusão				Invenção (art. 603)		Constituto possessório
Aquisição da propriedade pela percepção dos frutos				Abandono da posse (artigo 520, I)		Renúncia da propriedade imóvel (art. 589, III, e § 1.º)
Aquisição da propriedade pela pendência dos frutos				Abandono da propriedade imobiliária (artigo 589, III)		*Cessio actionis* (cessão de pretensão, artigo 621)
Perecimento do objeto do direito				Imposição de nome ou de pseudônimo		
Retirada de coisas móveis que guarnecem o prédio locado				Auto-imposição de nome e de pseudônimo		Promessas unilaterais
				Pagamento		Contratos

Panorama atual pelo Atualizador

§ 159. B – Doutrina

No conceito de Savigny, reproduzido por Clóvis Bevilaqua, os fatos jurídicos "são os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil.* 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 407, n. 230).

O saudoso Prof. Vicente Ráo ensina: "São fatos naturais ou fatos do mundo exterior, provocado por forças da natureza ou acontecimentos humanos alheios à vontade dos sujeitos cuja esfera jurídica, no entanto, atingem e dentro da qual produzem o nascimento, a aquisição, a modificação, ou a extinção de direitos ou obrigações. São fatos que agem direta e imediatamente sobre as pessoas, ou sobre as coisas, ou, certos casos, sobre direitos e obrigações preexistentes" (Ráo, Vicente. *Ato jurídico.* 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 29-30, n. 5).

Sobre a classificação dos fatos jurídicos aceita por Pontes de Miranda, necessário anotar que estamos nesta matéria, no campo doutrinário da Teoria Geral do Direito, outros autores adotam diversas classificações.

CAPÍTULO II
FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

§ 160. FATOS JURÍDICOS E FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

1. CONCEITO. – Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição dêles, ato humano, ainda que, antes da entrada dêles no mundo jurídico, o tenha havido; *e. g.*, nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha.

2. EFEITOS DOS FATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – São efeitos de fatos jurídicos *stricto sensu*: *a*) a modificação da propriedade por adjunção, ou pela mistura, ou pela confusão (arts. 615-617); *b*) a aquisição da propriedade pela percepção dos frutos, tanto quanto a aquisição pela produção, ou pela pendência dêles (arts. 60, 43, 858 e parágrafo único, 873, 510-513, 528, 271, V, 306, 477, 713, 718, 721-723); *c*) a extinção dos direitos reais pelo perecimento das coisas (arts. 589, IV, 739, IV, 745, 748, e 849, II); *d*) a geração do homem, seu nascimento, capacidade (salvo o suplemento de idade), a incapacidade por idade, doença ou loucura, a morte (arts. 4.º, 5.º-7.º, 9.º e 10; Decreto-lei n. 291, de 25 de novembro de 1938, art. 29); *e*) a retirada de coisas móveis que guarnecem o prédio locado (art. 776, II).

Dentre os fatos acima mencionados, alguns são atos humanos, ou podem ser atos humanos, como se A mistura, adjunta, ou confunde, ou colhe frutos, ou destrói coisas, ou retira bens móveis que guarnecem a casa alugada. Em todos, porém, prescinde-se da origem humana do ato; sòmente se lhes vê o fato do mundo externo, que entra no direito, e aí produz os seus efeitos, abstraindo-se da vontade humana que acaso estêve à origem dêles.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 160. A – Legislação

Ao enumerar os efeitos de fatos jurídicos *stricto sensu*, Pontes de Miranda cita diversos dispositivos do Código Civil: (a) Os arts. 615 a 617 do CC/1916 são correspondentes ao arts. 1.272, § 1.° a 3.°, do CC/2002; (b) o art. 60 do CC/1916 não tem correspondente no Código Civil atual; o art. 43 do CC/1916 correspondente ao art. 79 do CC/2002; o art. 858, parágrafo único, do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil de 2002; o art. 873 do CC/1916 corresponde ao art. 242 do CC/2002; os arts. 510 a 513 do CC/1916 correspondem aos arts. 1.214, parágrafo único, 1215 e 1216 do CC/2002; o art. 528 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.232 do CC/2002; o art. 271, V, do CC/1916 no art. 1.660, V, do CC/2002; o art. 306 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente; o art. 477 do CC/1916 tem correspondência no art. 33 do CC/2002; o art. 713 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.389 do CC/2002; o art. 718 do CC/1916 corresponde ao art. 1.394 do CC/2002 e os arts. 721 a 723 do CC/1916, aos arts. 1.396 a 1.398 do CC/2002.

Os arts. 4.° e 5.° do CC/1916 são correspondentes aos arts. 2.° e 3.° do CC/2002; o art. 7.° do CC/1916 não tem correspondência; o art. 9.° do CC/1916 corresponde ao art. 5.° do CC/2002 e o art. 10 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente.

O Dec.-lei 291/1938 encontra-se revogado.

§ 160. B – Doutrina

São fatos jurídicos "stricto sensu" (em sentido estrito) todos os fatos que entram no mundo jurídico, independentemente da vontade do homem.

Como Pontes de Miranda adota a Teoria Geral dos Fatos Jurídicos do Direito germânico, com a finalidade de facilitar o leitor, torna-se útil expor os fundamentos principais desta Teoria.

Vicente Ráo, forte na lição de Enneccerus, expõe que, para essa Teoria, "o conjunto de requisitos, ao qual o ordenamento jurídico (isto é, as proposições jurídicas abstratas) condiciona um efeito jurídico, ou seja, o nascimento, a extinção, ou a modificação de uma relação jurídica, chama-se pressuposto de fato ('Tabestand', expressão esta, extraída do Direito Penal). Entre o pressuposto e o efeito jurídico medeia a relação lógica de fundamento, a consequência. O elemento principal do pressuposto de fato é constituído pelos fatos jurídicos". O fato jurídico é o fato que tem importância ou eficácia jurídica, "aquele que por si ou junto a outros, determina um efeito jurídico". Os fatos jurídicos "são de uma variedade extraordinária e, deles, os mais importantes são os atos humanos que se compõem de fatos da vida, do espírito e de fatos externos (assim, a vontade e sua declaração)". Mas "não é raro que se condicione um efeito jurídico à mera atitude anímica do homem, como, por exemplo, ao saber e não saber, ao conhecimento, à concordância etc. E também existem fatos exteriores (por exemplo, o nascimen-

to, a morte, o decurso de tempo, a destruição das coisas". De modo geral o ato (em sentido jurídico), define-se como "a exteriorização (ou atuação) da vontade humana", mas, um exame mais profundo "revela ser essa definição por demais restrita, pois ato também se considera a omissão negligente, mesmo a baseada em simples esquecimento, por isso e com maior exatidão, deve-se definir o ato como sendo a realização querida ou pelo menos previsível de um resultado exterior". "De importância jurídica os atos se revestem quando, de conformidade com o ordenamento, produzem um efeito de direito, e tais são os atos jurídicos". Tratando da declaração de vontade, Enneccerus declara: "preciso é que a declaração de vontade se dirija a uma consequência jurídica, isto é, que esta se qualifique como consequência querida. A grande importância das declarações de vontade consiste em que, por elas, o homem forma, ele próprio, suas relações jurídicas dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico - e assim surge o conceito de negócio jurídico como base para a produção de efeito qualificado como efeito querido" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 38, n. 7).

§ 161. VIDA HUMANA

1. CONCEPÇÃO E NASCIMENTO DO HOMEM. – a) A concepção do ser humano é fato jurídico *stricto sensu*. Dêsse fato jurídico não se irradia o efeito de personificação; mas irradiam-se outros: o direito, a pretensão e a ação de alimentos a favor do nascituro; as medidas a benefício do nascituro, com invocação do art. 4.º, 2.ª parte, ou do art. 1.718, 1.ª parte (*a contrario sensu*), como a *missio in possessionem* (*Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, 307-313), o pátrio poder e a curatela do nascituro (art. 46). A concepção impede que a mãe, ou o pai, adote alguém (arts. 368 e 4.º), porque é a validade, e não só a eficácia, da adoção que fica dependente do nascimento com vida: ocorrendo êsse, a adoção foi atingida pela ressalva dos direitos do nascituro (art. 377; TH. KIPP, *Lehrbuch*, II, 2, 18.ª-20.ª ed., 381, nota 15, *in fine*); repelido, pois, que a possibilidade de ter filhos exclua a adoção (sem razão, H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, IV, 3.ª ed., 339, nota 4), ou que seja sem conseqüências a concepção (sem razão, a opinião dominante na doutrina alemã, cf. G. PLANCK, *Kommentar*, IV, 3.ª ed., 620; TH. ENGELMANN-KEIDEL, em *J. von Staudingers Kommentar*, IV, 2, 1.163).

b) A possibilidade de prole (*persona futura*) entra como elemento de suporte fáctico de alguns fatos jurídicos (*e. g.*, testamento a favor de prole

eventual de pessoa designada e existente ao tempo de se abrir a sucessão, art. 1.718, 2.ª parte). Não é, por si, fato jurídico; porque não é fato, é possibilidade de fato.

c) O nascimento com vida é fato jurídico *stricto sensu*. Dêle irradia-se a capacidade de direito e provêm todos os direitos que se prendem à pessoa. O nascimento sem vida é fato extintivo dos efeitos que haja produzido a concepção.

2. SEXO. – O sexo não é fato jurídico. Nunca o sexo é, de si-só, suporte fáctico; porque aparece com o nascimento, tendo-se, porém, caracterizado antes. É qualidade diferencial de duas classes de sêres humanos. Ainda quando a mulher, durante tôda a vida, tinha de estar sob o poder de um homem, era fato inserto no fato do nascimento. A proteção especial, que lhe cabia (*privilegia muliebiis*) em direito romano, era eficácia de regras jurídicas em cujo suporte fáctico estava o sexo. No direito moderno, quando a idade para cessar a incapacidade absoluta é diferente quanto a varões e mulheres –, o que no direito brasileiro não mais se dá (arts. 5.°, I, e 6.°, 1,142, III, e 1.627,1), exceto para o casamento (art. 183, XII) – o sexo é apenas elemento de suporte fáctico.

3. DURAÇÃO DA VIDA. – A duração da vida pode ser elemento de algum suporte fáctico (*e. g.*, quando se tem de saber qual a idade em que morreu a pessoa, ou foi vítima de acidente, ou para se saber que tempo ainda poderia viver). Pode ser, também, fato jurídico *stricto sensu*: idade para cessar a incapacidade absoluta (dezesseis anos, art. 6.°, I); idade para ter direito, pretensão e ação para o registo do nascimento pessoalmente e sem multa (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 63, § 2.°); idade para cessar a incapacidade absoluta matrimonial (art. 183, XII); idade para a plena capacidade civil (art. 9.°, parágrafo único, e Decreto-lei n. 4.219, de 31 de março de 1942, art. 2.°; Decreto-lei n. 5.606, de 22 de junho de 1943, art. 2.°); etc. Não basta dizer-se que a idade é caráter distintivo do homem, ou algo semelhante; desatende-se a que a idade é fato, que ocorre ao homem como o nascimento e a morte, e a que êsse fato *entra*, de si só, no direito, como outros fatos naturais. Tôdas as regras jurídicas sôbre idade têm o seu suporte fáctico: ente humano + tempo. As mais importantes são a do art. 5.°, I, que faz absolutamente incapaz o homem desde que nasce (aliás, tem curador o nascituro) até os dezesseis anos, excluído o dia do aniversário, a do art. 6.°, I, que faz cessar no dia do décimo sexto aniversá-

rio a incapacidade absoluta e começar a relativa, e a do art. 9.°, que cogitou da maioridade. Os casos do § 1.° do art. 9.° são, todos, de idade simples elemento de suporte fáctico (isto é, um dos elementos): I, idade + *venia aetatis* ou suplemento de idade; II, idade + casamento; III, idade + exercício de emprêgo público efetivo; IV, idade + colação de grau científico em curso de ensino superior; V, idade + estabelecimento civil ou comercial, com economia própria. A idade, nos arts. 142, III, e 1.627, I (*a contrario sensu*), é fato jurídico. A idade, nos arts. 368 e 369, é elemento de suporte fáctico. Outrossim, a idade, no art. 414, II.

4. DEFEITOS FISIOLÓGICOS. – A surdez, a mudez e a cegueira são fatos que podem entrar, como elemento, em suportes fácticos (arts. 446, II, 451, 456, 1.637 e 1.642), ou entrar no mundo jurídico, como suportes fácticos, de modo a serem, de si sós, fatos jurídicos *stricto sensu* (arts. 5.°, III, 142, II, e 1.627, IV). Outrossim, a loucura, que é, de regra, fato que entra no mundo jurídico (arts. 5.°, II, 142, I, 1.627, II, e 1.650, II); excepcionalmente, é simples elemento de suportes fácticos (arts. 446, I, e 457).

Os defeitos físicos podem ser apenas elementos de impossibilidade (fatos determinantes de fatos necessariamente negativos); então, são apenas elementos que entram na composição de suportes fácticos de regras jurídicas sôbre impossibilidade da prestação ou denúncia (arts. 879 e 881, 1.226, II, e 1.229, III), ou nulidade do casamento (art. 219, III).

5. AUSÊNCIA. – A ausência, que é quase sempre, em direito processual, fato jurídico *stricto sensu*, no direito material é simples elemento de suporte fáctico (arts. 463-484, 5, IV, e 251, I). Daí ser sempre constitutiva a sentença sôbre ausência, em direito material.

A ausência compreende: a ausência, sabendo-se onde está a pessoa; a ausência sem notícias; e a desaparição, que é a ausência sem se saber se houve, ou não, saída do lugar. Além disso, a ausência pode ser qualificada, se, por exemplo, a ausência data de desastre de trem em que viajava a pessoa. A falta de notícias implica não terem chegado os que seriam de esperar-se, de modo a suscitar dúvidas sôbre a vida da pessoa. Não há, portanto, momento certo, de que se tenha de partir, para se dizer ausente, desde êle, aquêle de que não se teve notícia.

6. PARENTESCO. – O parentesco natural é fato (relação biológica entre pessoas) que entra no mundo jurídico. É fato jurídico *stricto sensu*. Ser

A pai de B, ou B filho de A, é fato que, entrando no mundo jurídico, em virtude das regras jurídicas que dão ingresso aos conceitos biológicos de pai e filho, se faz fato jurídico *stricto sensu*, donde surge a relação *jurídica* de parentesco, ou em linha reta, ou em linha colateral. Tal fato jurídico é que entra nos suportes fácticos de muitas regras jurídicas; *e. g.*, no pátrio poder, que é o mais simples, na sucessão legítima (= morte do parente + sobrevivência do parente). O parentesco legítimo e o afim não são fatos jurídicos *stricto sensu* simples; todo parentesco legítimo é parentesco + casamento; todo parentesco afim é parentesco com alguém + casamento dêsse com outra pessoa. O parentesco afim ilegítimo a que se refere o art. 183, II, para vedar casamento entre amante de A e pai ou filho de A, avô ou neto de A, etc., é fato jurídico *stricto sensu* simples.

7. MORTE. – A morte das pessoas é fato jurídico *stricto sensu*, no que a morte, que diz respeito a alguém, que cessa de viver, se distingue do homicídio ou assassínio, que se refere ao que mata e é ato ilícito *stricto sensu*. À morte, como elemento de suporte fáctico, basta ter acontecido. Para se fazer fato jurídico *stricto sensu*, é preciso que entre no mundo jurídico. À primeira vista e a juristas superficiais, a tôda morte correspondem entrada e eficácia no mundo jurídico. Então, se A morreu, o fato da morte de A entrou no mundo jurídico com tôdas as conseqüências. Não é tão automática quanto se pode pensar essa juridicização do fato da morte. Se A desaparece a 1.º de janeiro, morre a 1.º de março, sem que se possa saber que morreu nesse dia (*e. g.*, caiu em rio que o levou ao mar, onde os peixes o devoraram e não há vestígios) e se abriu após o desaparecimento o processo de curadoria dos ausentes, seguindo-se-lhe a sucessão provisória e a definitiva (arts. 481 e 482), nunca se saberá quando morreu. A coincidência da morte com a entrada dela no mundo jurídico não se deu. O que entrou no mundo jurídico foi a ausência, tendo-se constituído, com a sentença do art. 481, ou a do art. 482 (art. 10, 2.ª parte), a *presunção de morte*.

Com a morte, extinguem-se, além da personalidade, relações jurídicas (direitos, deveres; pretensões, obrigações; situações ativas e passivas nas ações e exceções). Algumas se transmitem a herdeiros e demais sucessores. Se há transmissibilidade, o direito, a pretensão, o dever, a obrigação, ou as situações ativas e passivas das ações e exceções, que teriam de nascer a favor, ou contra o decujo, nascem a favor, ou contra a herança e, pois, a favor, ou contra os sucessores hereditários. Repugna-nos entender que o seguro de vida, sem ser a favor de terceiro, seja adquirido pelo morto;

é adquirido pelos herdeiros, porque nasce crédito *no momento imediato à morte*. O Decreto-lei n. 5.384, de 8 de abril de 1943, art. 1.º, acertou em estatuir: "Na falta de beneficiário nomeado, o seguro de vida será pago metade à mulher e metade aos herdeiros do segurado". No parágrafo único, acrescentou-se: "Na falta das pessoas acima indicadas, serão beneficiários os que dentro de seis meses reclamarem o pagamento do seguro e provarem que a morte do segurado os privou de meios para proverem sua subsistência. Fora dêsses casos, será beneficiária a União". A favor de tais pessoas, com a morte do segurado, nascem direito, pretensão e ações, por fôrça da lei e pelo fato de não haver o segurado afastado, com a designação de terceiro, a regra jurídica *dispositiva*. Assim, é de se repelir a construção da aquisição simultânea à morte pelo segurado que agradou à doutrina alemã (cf. A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, I, 382; HANS CARL NIPPERDEY, em L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, § 77, nota 8a).

8. O FATO DE SOBREVIVER A OUTREM. – A sobrevivência é elemento de alguns suportes fácticos; *e. g.*, do suporte fáctico do benefício à mulher e aos herdeiros ou a alimentandos e à União (Decreto-lei n. 5.384, de 8 de abril de 1943, art. 1.º e parágrafo único). A sobrevivência sòmente é fato jurídico *stricto sensu*, tratando-se de viüvez: o estado de viduidade é efeito de sobreviver o cônjuge ao outro. Para a sucessão a causa de morte, a sobrevivência é elemento do suporte fáctico, onde figura como elemento subjetivo (= o sucessor há de ser vivo no momento *imediato* ao da morte, cf. art. 1.717; = se duas pessoas, cada uma das quais herdaria da outra, morrem no mesmo momento, ou é de supor-se, segundo o art. 11, nenhuma das duas herda).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 161. A – Legislação

O art. 4.º do CC/1916 tem correspondência no art. 2.º do CC/2002.

São mencionadas diversas medidas em favor do nascituro. No que diz respeito ao fato de que a concepção impedia o pai e a mãe de adotar alguém, é feita menção ao art. 368, § 4.º, do CC/1916. Acontece que o revogado art. 368 do CC/1916 somente fixava a idade mínima para adotar em 30 anos e só possuía parágrafo único que dispunha "ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento", dispositivo este que corresponde ao art. 1.618

do CC/2002, que estabelece a forma prevista pelo Estatuto das Crianças e dos Adolescentes para a respectiva adoção.

§ 161. B – Doutrina

O nascimento com vida marca o início da personalidade, ressalvados os direitos do nascituro.

"Agem direta e imediatamente sobre as pessoas o nascimento com vida, a idade, a moléstia, a morte e mais eventos naturais que lhes marcam o início ou o fim da personalidade, ou de sua capacidade, ou de sua legitimação, ou as alterações desta e daquela" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 30, n. 5).

Quanto à duração da vida humana pode ser suporte fático ou fato jurídico *stricto sensu*: para a cessação da incapacidade aos 16 anos (art. 4.°, I, do CC/2002, e art. 6.°, I, do CC/1916) e as demais consequências apontadas pelo autor, tais como deficiências fisiológicas, ausência, parentesco e a morte.

Cumpre acrescentar que é anulável o ato praticado por pessoa relativamente capaz (art. 171, I, do CC/2002). O art. 928 do CC/2002 dispõe sobre a responsabilidade civil do incapaz. A Lei 4.375, de 17.06.1964 (Lei do Serviço Militar) dispõe que para o efeito do serviço militar cessará a incapacidade civil do menor na data em que completar 17 anos. O maior de 16 e menor de 18 anos é assistido pelos pais até a maioridade ou emancipação (arts. 1.634, V e 1.690 do CC/2002) e na falta desses pelo tutor (art. 1.747, I, do CC/2002). Pode receber procuração (art. 666 do CC/2002) e testar (art. 1.860, parágrafo único, do CC/2002).

CAPÍTULO III
FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

§ 162. FATOS JURÍDICOS E FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

1. CONCEITO DE FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS. – Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por êle, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa, – ou houve o ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dêle. Se não houve ato humano, não se pode pensar em "ato" ilícito. A noção de responsabilidade chegou nos tempos de hoje, onde a civilização atingiu os seus pontos mais altos, a reputar o homem responsável pelo fato, se êsse é contrário a direito. Existem, pois, fatos ilícitos e atos-fatos ilícitos. Sempre que alguém responde pela fôrça maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito; com êle, lesado foi direito absoluto (fato ilícito absoluto), ou direito relativo (fato ilícito relativo). Houve fato ilícito. Não houve ato humano.

2. ATO-FATO JURÍDICO ILÍCITO. – Pode dar-se que o ato se dê mas o direito só lhe aprecie o fato: isto é, o ato entra no mundo jurídico como fato, e não como ato. O ato praticado em estado de necessidade é ato-fato; não, porém, ato-fato ilícito (não é contrário a direito). Os atos dos loucos e outros absolutamente incapazes, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos (cf. Código suíço das Obrigações, art. 54; Código Civil alemão, § 829). A condenação pelo mau uso da propriedade é ato-fato ilícito.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 162. B – Doutrina

Ao tratar dos fatos jurídicos ilícitos, Pontes de Miranda, discorre sobre os eventos que geram responsabilidade sem culpa, excluindo aqueles praticados em legítima defesa e em estado de necessidade. Assevera que sob a denominação de atos sem culpa, devem ser distinguidos os atos de que resulta responsabilidade pelo ato não contrário a direito, tais como os praticados em estado de necessidade e os atos contrários a direito mas sem culpa.

A doutrina costuma tratar a responsabilidade civil em título específico como ocorre com o Título IX do Código Civil vigente que trata da "Obrigação de Indenizar" a partir do art. 927 do CC/2002

De outra parte existe título próprio sobre as "obrigações por atos ilícitos": (a) quanto à guarda de animal (art. 936 do CC/2002 correspondente ao art. 1.527, I a IV, do CC/1916); (b) sobre a ruína de edifício e construção (art. 937 do CC/2002 correspondente ao art. 1.528 do CC/1916); (c) a respeito da responsabilidade pelos danos causados pelas coisas que caírem de edifícios ou parte deles forem lançadas em lugar indevido (art. 938 do CC/2002 correspondente ao art. 1.529 do CC/1916).

O princípio da culpa que no Código revogado vem expresso no art. 159 do CC/1916 possui correspondente no art. 186 do CC/2002.

§ 163. ESPÉCIES DE FATOS JURÍDICOS ILÍCITOS

1. ANÁLISE DAS ESPÉCIES. – A respeito da responsabilidade das estradas de ferro e outros meios de transporte quanto a terceiros (isto é, não-passageiros), ou *a*) se entende que a permissão delas *limitou*, em virtude da lei, os direitos atingíveis pela atividade perigosa (e não só o direito de propriedade), de modo que os danos causados sem culpa (fagulhas inevitáveis, acidentes de eletricidade, inutilização de sinais por tempestade) foram previstos, ao se ferirem, ou diminuírem, aquêles direitos suscetíveis de serem atingidos, ou *b*) se entende que a permissão, ainda que tenha importado em desapropriação ou retirada do uso da faixa de estrada, não *limitou* os direitos atingíveis pela atividade perigosa. No primeiro caso, a responsabilidade pelo risco teria de ser incluída, ao lado da responsabilidade pelo ato em legítima defesa causador de dano a terceiro, ou pelo ato em estado de necessidade, na classe das responsabilidades a despeito da

pré-exclusão da contrariedade a direito. O fato do dano produzido pela fagulha, ou pelo desastre, ou outra causa, a terceiro, não seria contrário a direito; isto é, não existiria, sequer, contrariedade objetiva a direito. No segundo caso, afirma-se que há contrariedade a direito. Temos, aí, claramente tese e antítese. A síntese seria a admissão de outra classe em que se pusessem tais casos de ressarcimento do dano: seria a classe das contrariedades transubjetivas a direito.

a) A primeira opinião retira qualquer contrariedade a direito se a responsabilidade é sem culpa. Através dos últimos cem anos, tem-se discutido se há reparação sem contrariedade a direito, portanto sem ilicitude; mas isso não implica que, existindo, as espécies de responsabilidade pelo risco tenham de ser tidas como sem contrariedade objetiva a direito. Já em 1882, L. SCHIFFNER (*Lehrbuch*, I, 111) chamava atenção para que não é só do ilícito que resulta reparação. Em 1895, R. MERKEL (*Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 42) provou-o, quanto aos danos causados por ato em estado de necessidade; pôsto que W. SJÖGREN (Zur Lehre von den Formen des Unrechts, *Jherings Jahrbücher*, 35, 429) sem razão reagisse. Diante da caracterização de algumas reparações como derivadas de atos-não-contrários a direito, L. ENNECCERUS e H. LEHMANN (*Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 713) estenderam à responsabilidade pelo risco o não ser contrária a direito, chegando mesmo a dizer (113, nota 1) que, se tivéssemos de incluir no ilícito a responsabilidade pelo risco, teríamos de fazer o mesmo com a responsabilidade pelo ato em estado de necessidade. Não viram que, a respeito dêsse, há regra pré-excludente (arts. 160, II; § 904 do Código Civil alemão), e não na há para a responsabilidade pelo risco.

b) A segunda opinião ou cogitava de culpa objetiva (*contradictio in terminis*), ou de não-culpa, mas, num e, noutro caso, contrariedade a direito, ali subjetiva, aqui objetiva. As variantes (presunção de culpa, culpa fictícia, inversão do ônus da prova) vinham daquela a essa atitude, a propósito do *damnum sine culpa*.

Na responsabilidade pelo fato do animal, ou da coisa, ou da indústria, não há *ato humano*, mas, acima dos fatos do animal, da coisa, ou da indústria, está atividade humana. O direito romano não chegara até aí, porque permaneceu no plano da contrariedade subjetiva a direito. Os arts. 1.385 e 1.386 do Código Civil francês (quanto a animais e coisas) inspiraram-se no princípio da culpa. Posteriormente, as teorias pulularam: a teoria objetiva ("Ce qui fait qu'un événement est dommageable, au point de vue civil, ce n'est pas qu'il est contraire à Ia morale ou funeste à la société; c'est

simplement qu'il a causé un préjudice à un individu". M. TEISSEIRE, *Essai d'une Theorie*, 153 s.).

No *Kommentar* dos juízes do Supremo Tribunal alemão (II, 7.ª ed., 537 s.), OEGG entendeu por ato ilícito tôda intervenção geral objetivamente contrária a direito na esfera jurídica alheia, que obrigue à indenização, trate-se de infração de obrigações negociais, ou derivadas de atos jurídicos *stricto sensu*, ou de atos ilícitos *stricto sensu*, ou outras. O fato do animal, da coisa ou do edifício entraria na classe dos atos ilícitos; portanto, subentendido estaria "ato", negativo ou positivo, do responsável. A crítica que L. ENNECCERUS e H. LEHMANN (*Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 713 s.) fizeram ao *Kommentar* dos juízes é, em grande parte, sem razão: o "ato" não foi cometido, mas contrariedade a direito houve; porque conforme a direito é a atividade da estrada de ferro ou da indústria, o ter animal doméstico, o ter coisas nas janelas, ou parapeitos, o ter edifício em ruína, não, porém, o *causar dano*, ou o a *ponto de causar dano*. Permite-se o transporte, a propriedade de animais domésticos, e situações de exercício da propriedade que causam risco; não se permite o dano. Assim, L. ENNECCERUS e H. LEHMANN não viram a diferença entre permitir o direito (tautologia) e permitir-se o ato danoso, excepcionalmente: essa última permissão ocorre quanto aos atos em legítima defesa e em estado de necessidade; não, porém, no tocante à responsabilidade pelo risco. Perguntam êles que regra jurídica foi infringida. A regra jurídica de cuja incidência, produzindo fato jurídico, resultou o direito ofendido. Para que essa regra jurídica desapareça, é preciso que se *postule* "limitação" aos direitos, diretamente, ou por meio de regra pré-excludente; ora, essa postulação não se fêz e só a lei poderia fazê-la. No fundo, L. ENNECCERUS e H. LEHMANN foram vítimas de confusão, velhíssima, entre *contrariedade a direito* e *delito*.

A necessidade de se classificar, no quadro dos fatos jurídicos, aquêle de que resulta a reparação do dano sem culpa, é evidente: *a*) Não se trata, sempre, de ato-fato jurídico; porque pode não ter havido qualquer ato. *b*) Não se trata de ato ilícito *stricto sensu*: pode não ter havido ato, nem culpa, *c*) Parecem-se com as infrações não-culposas de obrigações pessoais ou de outras pretensões, mas falta, por vêzes, o ato positivo ou negativo, *d*) Não se trata de responsabilidade sem contrariedade a direito, porque em nenhum dos casos conhecidos se concebeu a reparação como a despeito de limitação aos direitos atingidos: não houve limitação dêles.

Assim, sem razão, quanto a *a*), os que parecem sugeri-lo; quanto a *b*), a teoria romano-francesa (*e. g.*, MAX VITRY, *La Détermination du fait de*

l'homme, de l'animal, de la chose, 68 s., 93 s. e 126 s.; OEGG, no *Kommentar*, II, 7.ª ed., 537 s.); quanto a *d*), L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 33.ª-34.ª ed., 555 s.; II, 31.ª-35.ª ed., 714: "sie weder ein objektives rechtswidriges Verhalten noch ein Verschulden voraussetzt"; antes metia-os na classe dos atos ilícitos *lato sensu*, isto é, ao lado dos delitos).

A própria literatura alemã, conforme vimos, não se livrou do êrro de encambulhar, sob a denominação de atos sem culpa, que obrigam à indenização, a atos de que resulta responsabilidade pelo ato não-contrário a direito, tais como os praticados em estado de necessidade, e atos contrários a direito mas sem culpa. Nota-se-lhe a tendência a ver na responsabilidade pelos danos causados pelos animais, pelas coisas, ou pelas indústrias perigosas, responsabilidade semelhante à do art. 1.519 e 1.520, parágrafo único (reparação sem ilicitude). Ora, o dano, no caso de animais, coisas, ou indústrias perigosas, não é delitual, no sentido de culposo, mas é contrário a direito. A explicação de que se tornaram não-contrários a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi ao elemento culpa, elemento do suporte fáctico, que se fêz ablação, e não ao elemento contrariedade a direito. À contrariedade a direito não é essencial juntar-se culpa; há o contrário a direito sem culpa, como se o devedor não paga porque não contou com a interrupção do pagamento por seus devedores, ou se ocorre algum caso de responsabilidade pelo caso fortuito ou fôrça maior.

Na responsabilidade pelo ato do animal, se não houve culpa pelo dano, porém o réu não logrou provar alguma das insuficiências do suporte fáctico (art. 1.527, I-IV: guardava-o e vigiava-o com o cuidado preciso, o animal fora provocado por outro, houve imprudência do ofendido, ou o dano resultou de caso fortuito ou fôrça maior), o Código Civil reputa contrário a direito o fato, transubjetivamente: põe-no entre as obrigações por atos ilícitos, não consegue apagar a ligação ao sujeito, portanto não exige culpa, porém também não responsabiliza pela só contrariedade objetiva a direito.

No caso do dono do edifício, ou construção, que há de responder pelos danos que resultarem da ruína, a lei só se refere à ruína que provém "de falta de reparos, cuja necessidade fôsse manifesta" (art. 1.528). Passa-se o mesmo que a propósito dos animais: não se exige culpa, porém não se estabelece contrariedade objetiva a direito. O que causa o dano é a falta de reparo (omissão), de que o fato do edifício ou construção é conseqüência.

A linguagem dos códigos é que elide a referência inicial àquela falta. Diz o art. 1.528: "O dono do edifício ou construção responde pelos danos, que resultarem da sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fôsse manifesta" (cf. Código Civil francês, art. 1.386; suíço das Obrigações, art. 58; argentino, arts. 1.167, 1.°, e 1.168; alemão, §§ 836-838).

No caso do art. 1.529 (responsabilidade pelos danos causados pelas coisas que caírem de edifícios, ou parte dêles, ou forem lançadas em lugar indevido), não há exigência de culpa, porém a verticalidade (coisas caídas) ou o lançamento exclui que seja objetiva a responsabilidade. A transubjetividade ressalta.

c) Temos, pois, a solução: a contrariedade a direito sem culpa, se obriga a indenizar, ou é ato ilícito *relativo*, ou fato jurídico *ilícito*, ou ato-fato ilícito, que, por sua alusão *histórica* à atividade de guarda, de vigilância, de direção, pode ser expresso como fato ("ato") jurídico ilícito, porém, *sistemàticamente*, a nenhum ato alude: a forma a que se ascendeu, com a civilização, é a da contrariedade transubjetiva a direito, mais próxima da contrariedade objetiva do que da subjetiva, ou a da contrariedade objetiva. O "ato", entre parênteses, pode não ter existido.

2. OFENSA A DIREITOS ABSOLUTOS. – O ato ilícito absoluto, se há culpa, entra no mundo jurídico, onde produz o efeito do dever e de obrigação de indenização. A contrariedade a direito há de ser atingidora da vida, do corpo, da psique ou da saúde, da liberdade, da honra, do nome, da propriedade, ou de outro direito. Fêz bem o Código Civil em empregar apenas as expressões "violar direito, ou causar prejuízo a outrem". Todo direito absoluto pode ser violado por ato ilícito absoluto. O § 823, alínea 1.ª, do Código Civil alemão só se referiu "à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade e outro direito", permitindo à doutrina interpretações (errôneas) sôbre ter-se com isso negado a existência do direito à verdade e à honra, que não tiveram menção, bem como se haver aludido àqueles quatro, por lhes faltar a subjetividade (= não serem direitos subjetivos) ou a subjetividade privada (= não serem direitos subjetivos privados). O texto brasileiro admite que haja reparação por lesão a bens que não são direitos subjetivos, sem excluir que os bens da vida (vida, integridade física e psíquica, liberdade, igualdade, verdade, honra, nome) sejam direitos subjetivos. O ato ilícito absoluto pode ir contra direitos subjetivos, contra direitos não-subjetivados e pois contra interêsses jurìdicamente protegidos sem a categoria de "direitos subjetivos"; de jeito que as expressões "causar prejuízo

a outrem", que vêm após "violar direito", revelam que, no sistema jurídico brasileiro, se adotou a extensão maior de bens da vida, abrangendo bens da vida de que cogita a lei penal e de que cogitam outras leis de direito público. Portanto, foi seguida a *teoria de* F. VON LISZT (*Die Deliktsobligationen*, 26), que fôra além da *teoria da exemplificatividade* (direito à vida, à integridade física e psíquica, *à honra, ao nome*, à propriedade; cf. H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 2, 751; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 1262; M. HACHENBURG, *Vorträge*, 155 s.; K. LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht*, 18). A referência a violação de direito e a prejuízo, separadamente, afasta que se possa admitir, no direito brasileiro, a *teoria da taxatividade* (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 720 s.; P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1.055), que entende haver indenização *ex delicto* se há ofensa à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade, sòmente quatro bens da vida, que não seriam direitos subjetivos (?!), e aos direitos subjetivos. Aliás, o argumento de que a lei (alemã) não falou de direito à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade, e sim de vida, de corpo, de saúde e de liberdade, é de infantilidade "literalista", que espanta encontrar-se em L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, II, 721), tanto mais quanto a lei mesma fala de "outro direito". A questão da indenização em caso de lei protectiva de cujas regras jurídicas não resultem direitos subjetivos, nem direitos ainda não-subjetivados, é outra questão: se a lei protectiva existe, e há violação dela, ainda sem culpa, então a pretensão à indenização não é em virtude do art. 159, porque sòmente se fundaria na culpa. Aliás, no direito brasileiro, a ação do art. 159, ainda que se trate de violação de direito de personalidade, ou outro direito absoluto (*e. g.*, a propriedade), se há de fundar na culpa. O êrro de técnica legislativa alemã consistiu em se juntar no mesmo § 823, alínea 1.ª, *duas* regras jurídicas, correspondentes aos direitos absolutos, que se violariam ainda sem culpa, e aos outros direitos e interêsses, que sòmente por culpa se violam. O § 823, alínea 1.ª, como o art. 159, nada tem com a lesão sem culpa, que, feita à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à verdade, à honra e ao nome, há de ser objeto de condenação. Se A mata a B, ainda sem culpa, responde segundo o art. 1.537, tanto que, se o matou, para salvar as vidas dos passageiros de ônibus, contra A existe a ação e a A toca a ação regressiva do art. 1.520, parágrafo único (argumento *a fortiori*).

O princípio da culpa (art. 159) não significa que tôda indenização só seja por culpa; apenas significa que excepcionalmente só se responde por culpa, nas espécies do art. 159, como sòmente por dolo, nas espécies dos arts. 93, 1.127 e 1.057, 2.ª parte. O que se põe, em caso de ato ilícito

absoluto, é a responsabilidade, sempre, pela culpa, embora possa haver, também, fundada noutro princípio, a responsabilidade sem culpa e, às vêzes, até sem ato. Assim, se há culpa do preponente, ou do representado, não importa se não houve do proposto, ou do representante (E. FEDER, *Verantwortlickkeit für fremdes Verschulden*, 90; K. LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht*, 77 e 82; G. MENDE, *Die Haftung des Vertretenen*, 36). Cumpre, aliás, advertir-se em que o ato do representante pode ser ato de adimplemento, ato-fato jurídico, em que não caiba falar-se, rigorosamente, de representação (B. BREITENSTEIN, *Haftung für fremdes Verschulden*, 24). Ainda assim, muito diferente é o que se passa com a responsabilidade pelo ato do órgão das pessoas jurídicas, porque, nelas, há administração para fim (G. KRÜGER, *Die Haftung der juristischen Personen*, 18).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 163. A – Legislação

O art. 1.527 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código vigente. Somente o inc. III daquele dispositivo passou a ser o art. 936 do CC/2002, com a seguinte redação: "O dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

O art. 1.528 do CC/1916 corresponde ao art. 937 do CC/2002: "O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provir de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta". Trata-se de redação idêntica ao art. 1.528 do CC/1916.

O art. 1.529 do CC/1916 tem correspondência no art. 938 do CC/2002, com a seguinte redação: "Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou foram lançadas em lugar indevido".

§ 163. B – Doutrina

Pelo atual Código Civil, os dispositivos mencionados encontram-se agrupados no título correspondente à "Responsabilidade Civil", em seu Capítulo I que trata da "Obrigação de indenizar".

Pontes de Miranda deixa assente que a responsabilidade civil, muito embora afirmado o princípio da culpa, não significa que excepcionalmente ela possa existir sem culpa. Pensamento consagrado na doutrina moderna, tendo em vista o avanço doutrinário e jurisprudencial nos últimos 30 anos na parte referente à reparação dos danos.

Ademais, o atual Código Civil procurou sistematizar os dois tipos de responsabilidade civil, além de tratar, embora em único dispositivo (art. 188 do CC/2002) a obrigação de indenizar proveniente do dano moral.

Finalmente, o parágrafo único do art. 927 do CC/2002 dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

CAPÍTULO IV
ATOS ILÍCITOS "LATO SENSU"

§ 164. CONCEITO LATO DE ILICITUDE

1. ILICITUDE E REPARAÇÃO, INSUPERPONIBILIDADE CONCEPTUAL. – A tratação das obrigações por atos ilícitos, em separado e minudentemente, levou a doutrina a considerar os atos ilícitos como classe de fatos jurídicos, ao lado, e exaustivamente, dos atos jurídicos (lícitos) e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Bem tarde se percebeu que essa tricotomia não era exaustiva: há mais atos ilícitos ou contrários a direito que os atos ilícitos de que provém obrigação de indenizar. Por outro lado, há obrigação de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta. Tiveram-se, pois, de reclassificar os fatos jurídicos em geral; mas, já agora, arrolando-se todos êles, em vez de se cogitar, apenas, daqueles que a tradição apontava como mais típicos ou, o que fôra pior, como os mais fáceis de classificar. A ilicitude pode ser encarada como *juridicizante*, isto é, *a*) determinadora da entrada do suporte fáctico no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159), ou *b*) para a perda de algum direito, pretensão ou ação (*caducidade com culpa*, como se dá com o pátrio poder (art. 395 e Código Penal, art. 69), ou *c*) como *infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções*, tal como acontece com tôda responsabilidade culposa contratual, ou *d*) como *nulificante* (art. 145, I). Só a análise das quatro espécies há de trazer mais clareza ao assunto, com o tratamento de cada uma, separadamente, sem se apagar o elemento comum. Aqui, só nos caberia cogitarmos do ilícito que se passa no *plano da existência*, distinguindo o ato ilícito gerador de obrigação de reparar e o ilícito determinador de caducidade. O ilícito concernente à nulidade já entende com o *plano da validade*; e o ilícito das infrações das obrigações, com o *plano da eficácia*. Todavia, convém,

na Teoria Geral do Direito Privado, conceituarem-se os quatro, para que os seus traços diferenciais ressaltem.

2. Atos ilícitos "stricto sensu". – Os atos ilícitos *stricto sensu*, a que chamamos, de ordinário, apenas atos ilícitos, são os *delitos*, delitos de direito penal e delitos de direito privado, ou de algum ramo do direito público sem ser o penal. O mesmo suporte fáctico pode ficar sob a incidência de duas ou mais regras jurídicas, donde, com o mesmo ato, ter o agente de sofrer pena criminal, indenizar e sofrer perda do pátrio poder, ou de cargo público, ou de outro direito. A omissão – e não só o ato positivo – entra no rol das causas. O direito não poderia, em sua praticidade característica, desconhecê-lo: seria ser daltônico para grande parte do mundo dos fatos. Para o jurista holandês de Vries (*De Delictis omissionis*, 46), tôda omissão poderia causar responsabilidade; parece que foi o jurista danês Oersted (*Über die Grundregeln*, 201 s.; 510 s.) quem primeiro advertiu em que a omissão, para causar responsabilidade, tem de implicar ação, ser *como a ação*. No plano do direito privado, o ato ilícito entra no mundo jurídico como fato que a regra jurídica previu, como prevê os fatos lícitos. No sentido "ato jurídico = ato que entrou no mundo jurídico", o ato ilícito é ato jurídico, pôsto que ilícito. O direito tanto se preocupa com os atos lícitos, que acolhe e regula, quanto com os atos contrários a êle, que êle tem de colocar no seu mundo (que é o mundo jurídico), em vez de prèviamente os repelir e os deixar fora do mundo. É a diferença, que se há de precisar a propósito de não-sério inexistente (a letra de câmbio feita em aula de professor de direito comercial) e não-sério eficaz (a letra de câmbio que foi sacada, como pilhéria, contra alguém, sem que o sacador pensasse que o sacado levaria a sério o seu saque, exemplo que só se refere às relações entre os dois). Nos atos ilícitos de direito privado, *stricto sensu*, a conduta é culposa, contrária a direito e repulsável por indenização. São o correspondente – no plano da ilicitude – dos atos jurídicos *stricto sensu*, porque os seus efeitos são *ex lege*. *a*) O *ato*, que há nêles, foi de conseqüências previsíveis; donde: a contrariedade a direito, *injuridicizável* (= no mundo jurídico, não-contrariedade a direito), do ato lesivo do absolutamente incapaz por idade, ou loucura, ou surdo-mudez (art. 5.°, I-III); a contrariedade a direito, *injuridicizável*, do ato praticado em legítima defesa ou no exercício regular de direito reconhecido (art. 160, I); a contrariedade a direito, *injuridicizável*, do ato lesivo de deterioração ou destruição da coisa alheia (art. 160, II), em caso de necessidade. O ato, como elemento do suporte fáctico, é contrário a direito, mas o suporte fáctico sòmente

se completaria e, pois, com a incidência do art. 159, entraria no mundo jurídico, se o elemento capacidade delitual se inserisse (art. 5.°, I-III), ou se não houvesse surgido o elemento *excludente* das regras jurídicas do art. 160, I e II. Portanto: falar-se de contrariedade a direito injuridicizável é mistura de conceitos de duas linguagens diferentes, a do mundo fáctico e a do mundo jurídico. O contrário, fàcticamente, a direito (CFD), pois que o mundo jurídico não no considera contrário a direito, é apenas fato: CFD – CD = F. O art. 159 concentra tôda a normatividade a respeito da ilicitude *stricto sensu*; é a fórmula legal do *princípio da responsabilidade pela culpa*, a regra jurídica que incide sôbre todos os atos que ela prevê, contrários a direito e culposos, pondo-os, assim, no mundo jurídico; é o sinete que os marca e coloca no espaço do direito: "Aquêle que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano" (art. 159, alínea 1.ª); "A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553" (art. 159, alínea 2.ª). As regras jurídicas do art. 160, I e II, são exceções ao art. 159; operam como regras jurídicas *pré-excludentes*, de modo que o que seria, no mundo jurídico, ato ilícito, *stricto sensu*, não no é, a despeito da sua ofensividade a direito, da sua lesividade. O sistema jurídico repele-o como ato ilícito, não se juridiciza o ato lesivo, pôsto que outra regra jurídica, que não atende à ilicitude e, portanto, prevê ato que não é ilícito como elemento do seu suporte fáctico, lhe dê entrada no mundo jurídico (arts. 1.519 e 1.520). *b*) Além do ato, é, pois, elemento essencial do ato ilícito a *violação do ordenamento jurídico*, a contrariedade a direito (art. 159, *verbis* "violar direito, ou causar prejuízo a outrem"). Tal requisito falta nas espécies do art. 160, I e II: há o prejuízo; a não-entrada delas no mundo jurídico não se dá, a despeito de haver essa lesividade. Pode bem ser que se viole, *de fato*, o próprio direito penal, sem que o mundo jurídico receba como ato ilícito, como delito, o que se praticou. É de notar-se que o art. 159 não se referiu sòmente à violação de direitos subjetivos (*verbis* "violar direito"); referiu-se, também, a "prejuízo a outrem". Assim, a ofensa ao corpo, à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à saúde, à liberdade, à propriedade, é elemento que basta; e basta a ofensa a interêsses, ainda que não sejam conteúdo de direito subjetivo. Ponto, êsse, da maior importância, assim técnica como prática, porque envolve o interêsse moral, religioso, intelectual, artístico, educacional, ou outro. A diferença de tratamento, quanto à violação do direito subjetivo e à violação do interêsse, protegido por direito não-subjetivado, está em que aquela é perceptível ao primeiro exame (= a contrariedade a direito não

precisa ser mostrada, resulta da *res deducta*), e essa tem de ser apontada, *deducta*. *c*) A *culpa* é o terceiro elemento. Basta a negligência. A lei fala de "ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência" (art. 159). Porém a culpa não é pressuposto necessário se se trata de direito absoluto: quem entra na propriedade alheia, como se fôsse sua, ou fere alguém, ou assassina alguém, ou ofende a honra de alguém, ou usurpa direito autoral de personalidade, comete ilícito, ainda que sem culpa. Teremos ensejo de vê-lo, mais de espaço, a propósito dos direitos de personalidade e do direito de propriedade. Conseqüência: o ato de negação ou usurpativo é ato ilícito *lato sensu*; não ato ilícito *stricto sensu*.

O ato entra como ilícito *stricto sensu* no mundo jurídico se dêle deriva dever de indenizar. Já se está *no plano da eficácia*. É êrro, portanto, pensar-se que a distinção entre atos ilícitos *stricto sensu*, atos culposos determinadores de caducidade e atos culposos infratores de deveres, obrigações, pretensões e exceções relativas e atos culposos nulificantes se passa no interior do plano da existência. As duas primeiras espécies já se distinguem no plano da existência; entre as três primeiras espécies, a diferença é no plano da eficácia, ao passo que, no tocante à terceira, a característica concerne ao plano da validade. A classificação leva em conta, portanto, os elementos comuns do suporte fáctico: o ato e a contrariedade a direito (o *Unrecht*, a *Rechtswidrigkeit*, que é equívoco traduzir-se, como se tem feito, como injuridicidade, pois o ato ilícito, o crime, entra no mundo jurídico) e a culpa; e os elementos diferenciais, *que são no plano da eficácia*: indenização extracontratual, ação (atos ilícitos *stricto sensu*); caducidade (ilícito precludente); adimplemento pelo equivalente, ação (violações culposas dos deveres, obrigações e exceções). O ilícito nulificante tem particularidade, que se pode observar no suporte fáctico como *défice*, pôsto que só se verifique *depois* da juridicização e *antes* (lògicamente, pelo menos) de se irradiar a eficácia, – no plano da validade.

Se a regra jurídica dispensa a culpa como elemento do suporte fáctico do ato ilícito *stricto sensu*, há classe à parte de ato ilícito, a que não serviria o nome de ato ilícito *stricto sensu*. Seria de dizer-se ato ilícito *stricto sensu* objetivo, se o adjetivo não criasse ambigüidade. Melhor diremos ato ilícito *stricto sensu* bruto.

É de grande importância teórica e prática saber-se que os três elementos são comuns às três primeiras espécies de ilícito (ato ilícito *stricto sensu* ou extranegocial, ato ilícito *caducificante* e ato ilícito *violador de eficácia*). O conceito de culpa é o mesmo para as três; os mesmos, os pressupostos de contrariedade a direito; e de imputabilidade.

O ato jurídico ilícito penal, que, por brevidade, chamaremos, daqui em diante, ato ilícito penal, é o ato ilícito que entra no mundo jurídico e tem como possível efeito a aplicação da lei penal. Rigorosamente, à entrada do suporte fáctico no mundo jurídico, a lei penal incide, porque tal incidência é abstrata e infalível, – quaisquer que sejam as possíveis determinações concretas pelo aplicador da pena. A lei penal incide com tôdas as variações possíveis de que é suscetível o seu conteúdo concreto.

3. ATOS ILÍCITOS CADUCIFICANTES. – Os atos ilícitos *caducificantes* são aquêles atos culposos que, contrários a direito, têm como eficácia jurídica (= irradiação de conseqüências jurídicas) a caducidade. Os elementos contrariedade a direito e culpa é que os diferenciam das outras espécies de caducidade. Porque caducidade é *eficácia*. Sòmente por abreviação podemos falar de atos ilícitos *stricto sensu* e caducidades culposas, como de atos-fatos jurídicos e caducidades sem culpa, ou de atos jurídicos *stricto sensu* e caducidade por perdão. Os fatos jurídicos são, aí, os atos culposos caducificantes (= com eficácia de caducidade ou caducação), os atos-fatos caducificantes, como o decorrer do prazo preclusivo para o direito formativo, o ato jurídico *stricto sensu* caducificante, como o perdão. Não seria possível, por exemplo, tratar-se unitàriamente da capacidade no tocante às caducidades, porque os atos ou fatos que estão à base delas (elas só são *efeitos*) se colocam em diferentes classes de fatos jurídicos. (Daí a impropriedade da alusão às caducidades, *Verwirkungen*, como uma das classes dos atos contrários a direito; por exemplo, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 334, aliás exemplificada por êle com o assentimento ao adultério, § 1.565, que não é, de modo nenhum, caso de caducidade.)

4. ATOS ILÍCITOS RELATIVOS. – A *violação culposa dos deveres relativos, obrigações, situações passivas nas ações e exceções* (ato ilícito relativo) é ilícito *anti-eficacial*, à diferença do "ilícito" nulificante do art. 145, II, e do contrário a direito do art. 145, III-V, porém também não se confunde com o ilícito *stricto sensu* do art. 159 e com o ilícito caducificante (*e. g.*, art. 395 e Código Penal, art. 69, quanto à perda do pátrio poder). Não se trata sòmente de violações culposas de deveres, obrigações, ou exceções, que são eficácia de negócios jurídicos ou de atos jurídicos *stricto sensu*; há violações culposas que atingem direitos, obrigações, ações e exceções oriundas dos atos-fatos, atos ilícitos e fatos jurídicos *stricto sensu*. Os cha-

mados "direitos absolutos" (direitos de exclusão, direitos que se dirigem contra todos, direitos a sujeitos passivos totais) são violados, de regra, por atos ilícitos *stricto sensu*, sem que se exclua a violabilidade pelo ato-fato ilícito. As regras jurídicas sôbre imputabilidade (capacidade delitual) e sôbre incapacidade para os atos ilícitos caducificantes e violadores de eficácia são as mesmas (*aliter*, sem razão, F. VON LISZT, *Die Deliktsobligationen*, 9), pois que em tôdas se cogita de culpa. A culpa do art. 1.118 e a do art. 1.119 não podem ser atribuídas a absolutamente incapaz; nem a do art. 1.267; nem as dos arts. 1.310, 1.312 e 1.380. A mora tem por pressuposto a culpa; supõe: a exigibilidade do crédito, a interpelação ou a regra jurídica *Dies interpellat pro homine* (art. 960), o fato do inadimplemento, a culpa. No direito civil suíço, não há regra jurídica como a do art. 963 (ou do § 285 do Código Civil alemão): a mora é puramente objetiva; o § 285 do Código Civil alemão e o art. 963 do Código Civil brasileiro fazem fundada na culpa a mora do devedor, pôsto que caiba ao devedor provar a não-imputabilidade. O absolutamente incapaz que não tem representante legal não incorre em mora, ainda que se trate de caso em que se haja de atender ao art. 960 (*Dies interpellat pro homine*): se não poderia ser interpelado pelo homem, também a lei não o interpela.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 164. A – Legislação

O princípio da responsabilidade civil esculpido no art. 159 do CC/1916 é similar no art. 186 do CC/2002.

O art. 395 do CC/1916, que tratava da perda do pátrio poder por ato judicial, encontra correspondência no art. 1.638 do CC/2002.

O art. 145 do CC/1916, que tratava das nulidades do ato jurídico, tem correspondência no art. 166 do CC/2002.

Os arts. 1.518 a 1.532 e 1.527 a 1.558 do CC/1916, que tratavam das "Obrigações por Atos Ilícitos", tem o seguinte tratamento no Código vigente: (a) o art. 1.518 do CC/1916 corresponde ao art. 942 do CC/2002; (b) os arts. 1.519 a 1.521 do CC/1916 correspondem aos arts. 929, 930 e 932 do CC/2002; (c) os arts. 1.522 e 1.523 do CC/1916 não têm correspondência; (d) os arts. 1.524 a 1.526 do CC/1916 encontram correspondência nos arts. 934, 935 e 943 do CC/2002, enquanto o art. 1.527 do CC/1916 tem correspondência no art. 936 do CC/2002; (e) os arts. 1.528 a 1.532 do CC/1916 correspondem aos arts. 937 a 941 do CC/2002.

§ 164. B – Doutrina

A doutrina entende que há fatos jurídicos que independem da vontade e outros que da vontade dependem para sua entrada no mundo jurídico.

Henri Capitant classifica os fatos jurídicos em dois grupos; no primeiro grupo se encontram os fatos independentes da vontade do homem e no segundo estão os fatos voluntários (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 408, n. 231).

De outra parte, os fatos voluntários podem ser lícitos e ilícitos.

O autor do fato ilícito, isto é, do fato contrário ao direito e pelo direito reprovado e reprimido com cominações civis, ou sanções penais (ou estas e aquelas ao mesmo tempo), como ensina Vicente Ráo, "não age movido pela vontade de padecer tais efeitos. Segundo a ordem normal das coisas, o autor de um fato delituoso no sentido penal não o pratica para o fim de sofrer aplicação da pena; nas relações de direito privado, ou melhor, nas relações obrigacionais, pode suceder que a parte tenha maior conveniência econômica em não cumprir a sua obrigação, sujeitando-se ao ressarcimento das perdas e danos ou ao pagamento da multa contratual, mas, mesmo nestas hipóteses, a vontade da parte não é determinada pelo propósito direto de superar esses efeitos, senão pelo de evitar prejuízo maior, ou tal seja a hipótese de não cumprir a sua obrigação pura e simplesmente" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 33-34, n. 6).

Assim, as relações humanas são governadas mediante disposições abstratas. Logo, a relação de causalidade entre o fato jurídico e o efeito jurídico decorrem não da ordem natural senão da vontade da lei. "É a lei que liga o fato jurídico às consequências jurídicas de que é portador" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso*... cit., p. 408, n. 231).

O saudoso Prof. Vicente Ráo, no exame do conceito de desrespeito do direito e levando em conta o fundamento ético e social do Direito ensina que as seguintes categorias de fatos podem ser destacadas: "a) os fatos que sem violentá-lo frontalmente, do direito se desviam, ou o deturpam (equiparáveis aos atos de 'détournement de pouvoir' tão bem estudados pela doutrina francesa do direito administrativo); b) os fatos que constituem abuso de direitos, isto é, abuso dos poderes que formam o conteúdo dos direitos; c) os fatos violadores das normas imperativas, cogentes, impositivas ou proibitivas, inclusive as tendentes à proteção da moral pública, dos bons costumes ou da justiça distributiva e social; d) os fatos ilícitos em sentido estrito, ou seja, os fatos dolosos ou culposos segundo sua conceituação civil e criminal" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 34).

Vicente Ráo anota que "o tecnicismo jurídico e o direito estrito não satisfazem só por si à consciência geral do direito, nem resolvem todos os problemas individuais ou coletivos que se relacionam com os fundamentos éticos da convivência social; e, assim, se verifica o fenômeno da penetração constante e progressiva dos princípios éticos, em particular dos princípios morais do direito, à medida que este se desenvolve segundo as contingências e transformações das relações humanas e as necessidades do bem comum que não consiste, apenas, no bem

material, quer da soma dos indivíduos, quer das coletividades consideradas em sua comunhão social" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 34).

"Não é de admirar, portanto, que ao conceito do ilícito se atribua, hoje, uma extensão maior da que se lhe atribuía dentro da noção tradicional do dolo e da culpa" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 34).

Advirta-se, porém, "que os conceitos de ilegalidade e de ilicitude não se confundem, pois ilegal pode ser um fato, ou ato, sem ser propriamente ilícito. Nem esses dois conceitos se confundem com os de nulidade e anulabilidade" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 35).

§ 164. C – Jurisprudência

A jurisprudência sobre a obrigação de indenizar, a partir do art. 927 do CC/2002, é copiosa e diversas súmulas do STF e STJ foram fixadas.

Aliás a regra constante do art. 927 do CC/2002 é a seguinte: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

No *caput* do dispositivo está consagrada a responsabilidade assentada na culpa, enquanto o parágrafo único trata da responsabilidade objetiva ou sem culpa.

§ 165. GENERALIDADES SÔBRE O ILÍCITO "LATO SENSU"

1. DEFINIÇÃO. – Os atos ilícitos *lato sensu* são atos humanos que entram no mundo jurídico para serem superadas as suas conseqüências danosas: ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou outra execução. O que se exige, a todos, além do *ato* (e às vêzes da *culpa*), é a *contrariedade à lei*. Ora, a ninguém é permitido ignorar a lei (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 3.º: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"); porque, se se ignora a lei, nem por isso se deixa de infringi-la: o ato é ilícito, *objetivamente*; o elemento culpa, se aparece, não diz respeito à lei, mas ao ato em si. Por isso mesmo, se se exige culpa, no suporte fáctico em que está o ato do absolutamente incapaz, há a contrariedade a direito, falta a culpa, que a não-imputabilidade do agente exclui. O ato do absolutamente incapaz contra a lei é contrário a direito; o seu ato não é imputável, nem culposo. No elemento culpa, e não no

elemento ilicitude ou contrariedade a direito, é que está a falta de elemento do suporte fáctico. Êsse elemento é pressuposto de existência (tratando-se de atos que exigem imputabilidade e culpa), e não de validade. Os suportes fácticos de atos ilícitos *stricto sensu* em que falta o elemento da capacidade de obrar contra direito (= capacidade delitual + capacidade para praticar atos positivos ou negativos de que resultem caducidade + capacidade para violar deveres, obrigações, ou exceções), à diferença dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu* em que falta a capacidade de ato jurídico lícito (= capacidade negocial + capacidade de ato jurídico *stricto sensu*, art. 82, *verbis* "validade do ato jurídico requer agente capaz"), não entram no mundo jurídico: o delito do absolutamente incapaz (art. 5.°, I-II) *não é*, o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* do absolutamente incapaz *é* e não *vale*. Essa a técnica dos sistemas jurídicos: ao ato lícito, a que falta o elemento da capacidade, dá-se entrada no mundo jurídico, apenas deficitàriamente; ao ato ilícito, não: fica de fora; tudo se passa no plano da existência. Quando o contrário a direito é tocante ao objeto de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu*, o direito permite a entrada dêsse, ou daquele, para reprová-lo; o que mostra terem os sistemas jurídicos a política de pôr no seu mundo o conforme e o contrário ao direito, porque, sem isso, não dominaria a êsse. Se o contrário a direito é concernente ao objeto, o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* entra, mas nulo (art. 145, II-V); se é o ato em si, também entra, se há culpa. O contrário a direito, mas sem culpa, não entra como ato ilícito no sentido do art. 159, e sim como ato-fato ilícito, qual acontece à tomada de posse, com violação da posse de outro, praticável pelo próprio incapaz.

O que acima se disse quanto aos atos ilícitos *stricto sensu* também apanha os atos ilícitos caducificantes e os atos ilícitos relativos culposos; não, porém, os atos ilícitos *stricto sensu* brutos. A responsabilidade pelo ato sem culpa abstrai de todo elemento de capacidade, à semelhança do que ocorre com os fatos ilícitos. De modo que algumas generalidades sôbre os atos ilícitos *lato sensu* não chegam até os atos ilícitos *stricto sensu* brutos, nem aos atos-fatos ilícitos.

2. Ato e omissão (ato negativo). – A ilicitude em senso lato pode consistir em ato ou omissão: a respeito dos atos ilícitos *stricto sensu*, o art. 159 foi explícito; a respeito de alguns atos originadores de caducidades, pode ocorrer que se trate de ato positivo ou negativo (*e. g.*, art. 395, I: "Que castigar indevidamente o filho", II: "Que o deixar em abandono";

III: "Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes"); a respeito de atos violadores de deveres, obrigações e exceções, o ato humano pode ser negativo ou positivo (arts. 863-881, 882-883).

A contrariedade a direito sem o elemento culpa pode dar ensejo à tutela jurídica e o art. 75 o estabelece, necessàriamente, porém aí não se trata de ato ilícito, e sim de fato. *E. g.*, se a coisa alheia está em poder de alguém, sem que o saiba. Ato ilícito *stricto sensu* = ato + contrariedade a direito + culpa. Se algum elemento falha, não entra no mundo jurídico: A – ato humano = fato do animal ou da coisa; A – contrariedade a direito = ato-fato jurídico, arts. 160, I-II, e 1.519, ou não; A – culpa, fato puro ou ato ilícito *stricto sensu* bruto. A falta do ato humano desfalca o suporte fáctico. Assim, o não ser contrário a direito; ou o não ser culposo, se a culpa é exigida.

3. PROTEÇÃO PELO DIREITO E CONTRARIEDADE A DIREITO. – A complexidade dos interêsses no amplo mundo jurídico dá a ilusão de que há contradição, às vêzes, entre o ser protegido pelo direito e o ser contrário a direito. Se essa ilusão nasce de não se ter dado conta de que há a *incidência*, o *atendimento* e a *aplicação da lei*, de modo que a tutela jurídica procura aplicação quanto ao que, a despeito de ter incidido, não foi atendido, e para isso tem de processar para aplicar ou não, fàcilmente se justifica. Se, porém, se pretende que o choque é entre incidências, tem de ser combatida tenazmente, porque, sistema lógico, todo sistema jurídico tem de ser interpretado de maneira que nêle não haja contradição. Não há ato, ou estado, ou situação, que a certo respeito, ou aspecto, seja contrário a direito, e sob outro, não. O que mais impressiona aos juristas, a êsse propósito, é a divergência entre a propriedade e a posse; mas a contradição não existe, como não existe entre a ordem jurídica segundo a incidência das regras jurídicas e o processo, entre as medidas cautelares e as decisões de natureza definitiva satisfatória (sem razão, A. VON TÜHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 455). Não há contradição no sistema jurídico; há superposição de incidências de regras jurídicas, donde terem-se de interpretar com o postulado metajurídico (e metalógico) de que o sistema não apresenta qualquer contradição. Assim, no caso das medidas provisórias, o sistema é tanto sem contradição, se adota as regras jurídicas dos arts. 302, alínea 4.ª, 600, alínea 2.ª, e 945 da Ordenação Processual alemã (responsabilidade sem culpa, portanto decorrente de ato-fato), quanto se adota as regras jurídicas dos arts. 688, com o parágrafo único (responsabilidade com culpa, portanto decorrente de ato

ilícito) e 883, II, do Código de Processo Civil brasileiro (responsabilidade sem culpa, portanto decorrente de ato-fato ou mesmo de fato), ou se não adota qualquer responsabilização.

4. A CHAMADA "CULPA IN CONTRAHENDO". – O problema da chamada *culpa in contrahendo* surge antes de se concluir contrato bilateral, ou, mais precisamente, antes de se concluir negócio jurídico bilateral (contrato, ou não), com eficácia de dever para os dois figurantes. O mal estêve em se ligar a questão à relação jurídica contratual, que, aliás, *ex hypothesi*, ou não se produziu, ou se produziu em negócio jurídico nulo. A investigação ter-se-ia de limitar ao campo da responsabilidade extranegocial, ou por se tratar de responsabilidade por ato ilícito absoluto, ou por se tratar de responsabilidade por ato-fato ilícito. No que se refere ao direito romano, contrato diz-se haver (emtionem esse) na L. 21, § 2, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1 (PAULO), e na L. 15, § 1, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1, haver indenização ao comprador; mas são discutidos os textos (*e. g.*, entre FR. MOMMSEN, *Erörterungen*, 34, e FR. DRECHSLER, *Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 63). Nas L. 8 (JAVOLENO) e 9 (PAULO), D., *de hereditatis venditione*, 18, 4, na L. 8, § 1, D., *de religiosis et sumptibus funerum*, 11, 7 (ULPIANO), e na L. 62, § 1 (MODESTINO), D., *de contrahenda emptione*, 18, 1, a responsabilidade pelo ato improdutivo da relação é evidente. Para o direito romano, não seria de distinguir-se do inexistente o nulo: o *nullus* não existia, donde pecar pela base a argumentação de H. HALBEN (*Über den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen*, 18 s.). O nome da ação era *quasi ex empto*, conforme está na L. 8, à semelhança da *actio empti*, – *actio in factum*, mas, necessàriamente, extracontratual.

Se A escreve a B que lhe compra a casa por x e B vem para que se assine a escritura pública, mas A não comparece, tem A de responder pelo interêsse negativo. Se é preciso ter tido culpa, ou se não é preciso, já é outra questão. Se A, comerciante de sementes e plantas, tem na estante "dicionário de raízes", e B, agricultor, o compra, descobrindo, depois, que se trata de raízes gregas, não houve sòmente êrro, mas falta de manifestação de vontade. Tal negócio não entra no mundo jurídico. Responde A pelas despesas que B fêz em restituí-lo e tem de dar de volta o dinheiro recebido. Se negociante de quadro ou particular vende quadro histórico brasileiro a turista que lhe dá o enderêço de Londres e o turista é avisado de que tem de dar caução pela volta do quadro, a compra-e-venda é nula,

por impossibilidade da prestação do vendedor, e tôdas as despesas são por conta do vendedor, uma vez que foi êle que deixou de avisar o comprador. Se é preciso o elemento da culpa, é outra questão. Se o menor de dezesseis anos, a quem se deu de presente, ou com cujo dinheiro foi comprado automóvel, o vende, a compra-e-venda é nula, por incapacidade absoluta do vendedor; não responde êle, porém, aí, pelo interêsse negativo: a nulidade foi estabelecida a seu favor, como regra jurídica de proteção a êle. Não importa, aí, se houve dolo, culpa, ou se não houve. Se A, pilheriando, vende a B o cavalo de C, B, que pensava que o cavalo fôsse de A e o negócio fôsse sério, tem a ação pelo interêsse negativo contra A (se não havia pilhéria, a compra-e-venda perfez-se e vale: apenas é ineficaz para a cobrança da prestação *in natura*; A responde por perdas e danos, em virtude do inadimplemento do contrato consensual).

Quanto ao elemento subjetivo, é claro – no sistema jurídico brasileiro – que, havendo dano e culpa, o art. 159 incide (ou o art. 160, *ex argumento*). Se não há culpa, isto é, se não há, pelo menos, negligência, ou falta ao dever de avisar, ou de conhecer e avisar, o problema consiste em se saber se há regra jurídica, escrita ou não-escrita, no direito brasileiro, que faça entrar no mundo jurídico como ato-fato ilícito o ato do que ofertou ou aceitou. A resposta serve aos casos em que o negócio jurídico não existe, ou não vale, e aos casos de oferta revogável, se a revogação causou dano (se a oferta é irrevogável, a revogação é ineficaz). Outrossim, aos casos de transmissão por núncio, ou telegrama, se falsa (não se confunda com as espécies do art. 89 em que argúi o êrro o que foi manifestante da vontade). Até o escrito de R. VON JHERING, os juristas sòmente pensavam em responsabilidade pelo dolo, por se não poder invocar a *lex Aquilia* (inclusive F. VON SAVIGNY, *System*, III, 294). Ainda depois do escrito de R. VON JHERING, insistia-se na tese. Para A. KOEPPEN (*Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 14, e *Jahrbücher für die Dogmatik*, 11, 153), em desesperado esfôrço para superar os dois problemas, o consentimento (elemento do suporte fáctico) passava a ser requisito para a existência da relação jurídica (eficácia!), e não da conclusão do contrato (existência do negócio jurídico). De modo que, se A promete *a* e B aceita, mas ainda é preciso que faça escritura pública, A e B já concluíram contrato; o que não surgiu foi a relação jurídica. Escusado é dizer-se quanto isso fere a verdade dos fatos e os princípios. Relação jurídica é efeito; antes há de existir o ato jurídico e não ser nulo. Se a teoria de A. KOEPPEN fôsse admissível, a responsabilidade seria contratual, por culpa.

Ignorava êle a diferença entre o suporte fáctico, que é no mundo fáctico, o negócio jurídico (que resulta da entrada do suporte fáctico no mundo jurídico) e o plano da eficácia, onde estão as relações jurídicas. É absurda a afirmação de existência e validade do contrato a despeito da violação da regra jurídica sôbre forma, ou sôbre ilicitude ou impossibilidade do objeto, ou na espécie em que o núncio doa em vez de vender (contra êle, H. SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 210 s.; FR. DRECHSLER, *Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 30 s.). Tentou outro caminho O. BÄHR (Über Irrungen im Kontrahiren, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 14, 401 s.), seguido por G. HARTMANN (Werke und Wille, *Archiv für die civilistische Praxis*, 72, 161 s.): não haveria, em tais espécies, nulidade, de modo que resultaria do contrato a ação. Era levar muito longe a tutela da boa fé.

Depois vieram, com o conceito de responsabilidade por culpa, na esteira de ALB. SCHWEPPE (*Das römische Privatrecht*, III, 4.ª ed., 110), anterior ao escrito de R. VON JHERING, H. RICHELMANN (*Der Einfluss des Irrtums auf Verträge*, 133 s.), ainda com a explicação pela responsabilidade contratual sem contrato, K. AD. VON VANGEROW (*Lehrbuch*, I, § 109), E. ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, 301 e 406) e H. DERNBURG (*Pandekten*, II, 7.ª ed., 24 s.), que se refere, em direito comum, à ação do art. 159. Aludiram B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, 6.ª ed., § 307, nota 5; II, 9.ª ed., 250 s.) e F. REGELSBERGER (*Erörterungen*, 34 s.) a contrato tácito de garantia, o que FR. DRECHSLER (*Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 60 s.) combateu como ficção escusada, artifício inadmissível, insistindo em que a tutela da *bona fides* não precisava dêle (cf. H. THÖL, *Einleitung*, 363).

Quem aliena *res extra commercium*, ou bem legalmente inalienável (art. 69) ou inalienável em virtude de cláusula (*e. g.*, art. 1.723), ou bem de família (art. 72), ou bem para cuja alienação precisaria de assentimento de outrem (arts. 72, 235, 242, 251, parágrafo único, IV, 1.132-1.134), sabendo ou devendo saber ser nula a alienação (cp. arts. 156 e 155, que faz existente o negócio jurídico, portanto nada tem com o problema que versamos), responde por ter ocultado ou por ter devido saber. A extracomercialidade e o registo estabelecem para todos dever de saber. Não se precisa de prova da culpa. Se o que sofreu o dano conhecia a causa de nulidade, não tem pretensão à indenização.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 165. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 é correspondente ao art. 186 do CC/2002.

§ 165. B – Doutrina

Sobre a culpa *in contrahendo*, Ihering em seu famoso estudo que detém este nome, sustenta "que incumbe a quem contrata empregar sua maior diligência, quer nas relações pré-contratuais, quer na prática dos atos constitutivos do contrato. Se assim não proceder e, por sua culpa obstar a formação de um contrato preparado ou ajustado, ou provocar a conclusão de um contrato nulo ou anulável, incorrerá na obrigação de ressarcir os danos que causar à outra parte, privando-a das vantagens que ela perceberia se o contrato houvesse sido concluído validamente (responsabilidade por interesse contratual negativo)" (Ráo, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 167, n. 66).

Vicente Ráo completa: "a figura da culpa 'in contrahendo' reveste caracteres tão peculiares que não permitem confundi-la com a culpa aquiliana, nem tão pouco, com a culpa contratual, pois atua em torno do contrato, ou seja, em seus diversos momentos constitutivos e não inteiramente fora dele, nem em seu interior" (Ráo, Vicente. *Ato*... cit., p. 167, n. 66).

I. ATOS ILÍCITOS "STRICTO SENSU"

§ 166. CONCEITOS E ELEMENTOS DO SUPORTE FÁCTICO

1. Atos ilícitos "stricto sensu", elemento diferencial. – Já vimos quais são os elementos comuns aos atos ilícitos *lato sensu*: ato humano e contrariedade a direito. O ato ilícito *stricto sensu* tem a particularidade de violar, com culpa, a regra jurídica, sem atinência a que essa regra regula negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. Contraria direito, ferindo (lesando) bens da vida, que o direito protege; independentemente do vínculo entre o ofensor e o ofendido, oriundo de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*. É ilícito *stricto sensu*, portanto, todo ato ilícito que ofenda direito subjetivo ou cause outros danos. Não estão em foco regras jurídicas que incidam sôbre atos-fatos, ou fatos atos ilícitos.

2. ILÍCITO ABSOLUTO E ILÍCITO RELATIVO. – Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os sujeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu*, de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocial ou oriunda de ato jurídico *stricto sensu*). Fala-se de culpa extracontratual, porém o nome é inadequado: as responsabilidades pelo exercício do pátrio poder, pela tutela, pela curatela, pela gestão de negócios, não são responsabilidades contratuais, nem responsabilidades pelo ato ilícito *stricto sensu*. A responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu* é pela ofensa ao direito como sujeito passivo total. Uma vez que a lesão é a direito a que todos devem atender, por serem sujeitos passivos inclusos no sujeito total, há ato ilícito *stricto sensu*, e não responsabilidade por violação de direito, pretensão, ação, ou exceção, contra o violador, sujeito *individual* da relação jurídica. É ato ilícito, *stricto sensu* portanto, o que ofende a direitos que todos têm de satisfazer, por sua ação ou omissão.

3. ESPÉCIES FRONTEIRIÇAS. – Um dos pontos fronteiriços entre a responsabilidade pelo ato ilícito *stricto sensu* e pelo ato ilícito *relativo* (C. CROME, *System*, I, 473: "relatives Unrecht") ou dependente (J. KOHLER: "abhängiges Unrecht") é o que se refere à posse do que tem de restituí-la: se houve violência, clandestinidade, ou transformação da posse precária (art. 489), ou ato de autoridade própria proibida, claro que se trata de ato ilícito *stricto sensu*, ato ilícito absoluto (K. HELLWIG, *Lehrbuch*, V, 265; W. KUNZE, *Die Haftung des Schuldners*, 113; sem razão, F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz*, I, 25 s. e 261, e o Tribunal federal alemão, 61, 432, que erradamente argumentou com o caso do arresto, que, no direito alemão, produz responsabilidade pelo ato-fato, e não pelo ato ilícito *stricto sensu*, conforme já vimos). Quanto à responsabilidade sem ilícito inicial, E. ZITELMANN (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, 25; cp. E. PRYM, *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrag mit dem Ansprüche aus unerlaubter Handlung*, 71 s.) considerou-a fundada em relação jurídica entre o proprietário e o possuidor, da qual se irradiam, como eficácia, obrigações pessoais (importante para se saber qual a prescrição). Se essa relação existe, o art. 159 nada tem a fazer; nem, está visto, o art. 503. Portanto, a sua colocação seria nos atos ilícitos *relativos* ou dependentes, e não nos atos ilícitos *stricto sensu*, ou nos atos ilícitos absolutos. Tal como acontece com a gestão de negócios *não* iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio (arts. 1.331 e 1.332). Aí, não há ato ilícito *stricto sensu*, mas ato jurídico *stricto sensu*. Se a gestão de negócios foi iniciada *contra* a vontade manifestada,

ou presumível, do dono do negócio, a responsabilidade é pela ilicitude do ato-fato (art. 1.332). Sòmente não há contrariedade a direito, se a gestão de negócios, que é intromissão na esfera jurídica alheia, se fêz com o propósito de atender ao interêsse e à vontade manifestada, ou presumível, do dono do negócio. Se houve êsse atendimento, tudo se desenvolve segundo a relação jurídica que se estabelecera com o ato jurídico *stricto sensu* da gestão de negócios: qualquer infração de dever, obrigação, ou o que seja, é ato ilícito relativo, e não ato ilícito *stricto sensu*. Dá-se o mesmo com o médico que, diante do estado de loucura, ou de surdo-mudez, do que precisa dos seus cuidados, atua como profissional (E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, 85, que, como F. VON LISZT, *Die Deliktsobligationen*, 112, nota 83, nega a existência de "direito" de prestar serviços, "direito profissional", *Berufsrecht*): não tem "direito" a prestar serviços, salvo se a lei, que lhe conferiu o grau, ou a da licença para clinicar, lho deu, ou lhe deu o dever (dever jurídico; não basta a regra de Código de Ética profissional, sem sanção jurídica para as infrações). É ir-se muito longe afirmar-se, *a priori*, o direito profissional, como G. PLANCK (*Kommentar*, II, 4.ª ed., 682 s., ed. anteriores, anotações ao § 823). A legislação de direito público pode prover, entendendo-se que, se há *dever*, há, com a mesma extensão, *direito*. Também o advogado, que usa da procuração com caução *de rato*; a favor do absolutamente incapaz, para cuja representação não há tempo para providenciar, ou do que está prêso, ou seqüestrado, ou em estado de choque, está na situação do gestor de negócios do art. 1.331. Se há, quanto a êle, direito profissional a interferir, postulando inicialmente, ou em recurso, depende da legislação de direito público a respeito. Não há solução *a priori* a favor da existência dêsse direito. Nem, aqui, como a propósito do médico, se precisa dêsse direito para se justificar a sua intervenção como gestor de negócios segundo o art. 1.331 (ato jurídico *stricto sensu*).

Entendia E. PRYM (*Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Ansprüche aus unerlaubter Handlung*, 68 s.) que a remissão aos atos ilícitos, que se faz em matéria de tomada de posse por esbulho ou com turbação (art. 503; § 992), não cabe, se existia relação jurídica relativa entre esbulhado ou turbado e esbulhador ou turvador. Não há, porém, distinção *de lege lata*, nem no direito alemão, nem no brasileiro; nem, *de lege ferenda*, seria de aconselhar-se.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 166. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 tem correspondência no art. 186 do CC/2002, que disciplina o princípio geral da culpa nas obrigações.

Os arts. 1.331 e 1.332 do CC/1916, que tratavam da gestão de negócios, têm correspondência nos arts. 861 e 862 do CC/2002.

§ 166. B – Doutrina

Para Messineo o ato ilícito do ponto de vista do direito privado, é o ato voluntário praticado contra uma norma geral, que causa dano a outrem e, em consequência, importa para quem o praticou o dever de ressarcir o dano causado. O ato ilícito pode ser extracontratual ou contratual (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 35, nota 5, "c").

Na classificação de Pontes de Miranda, a obrigação de indenizar nos atos ilícitos *stricto sensu*, a caracterização da culpa é exigida.

II. ATOS ILÍCITOS CADUCIFICANTES

§ 167. POSIÇÃO DO PROBLEMA

1. CADUCIDADE, ESPÉCIE DE PRECLUSÃO. – Os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações ou exceções são ditos caducificantes, espécie de fato precludente. Quer dizer: a sua eficácia consiste em que direitos, pretensões, ações, ou exceções caiam. A preclusão ou caducidade é só efeito. Na classificação dos fatos jurídicos, o que se tem de procurar é a natureza dêsses atos ilícitos, a que o legislador conferiu a eficácia de caducidade de direitos, pretensões, ações, ou exceções. Ao direito muito importa a precisão dêsses conceitos, com que há de trabalhar, cauteloso, o legislador.

2. ESPÉCIES. – A respeito dos atos ilícitos indenizativos, a apuração da culpa afasta-os em duas classes: a dos atos ilícitos *stricto sensu*, ca-

racterizados pela exigência de culpa, e a dos atos ilícitos brutos (= sem exigência de culpa). Se se abstrai do ato, o que surge, no mundo jurídico, é só o ato-fato ilícito. Se há indenização sem contrariedade a direito, só de ato-fato jurídico se trata. A cada uma dessas espécies correspondem atos caducificantes. Se bem que tenhamos de nos referir a todos, aqui o assunto mais relevante é o ato ilícito caducificante culposo.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 167. B – Doutrina

Pontes de Miranda demonstra que determinados atos, embora ilícitos, não importam em caducidade ou preclusão de perda do direito, ação ou pretensão, acabam por ter seu efeito caduco ou precluso.

§ 168. CONCEITO DE CADUCIDADE

1. CAIR E DECAIR. – Dá-se *caducidade* quando algum direito, pretensão, ação, ou exceção, cai. A perda do direito ao pátrio poder é caducidade (art. 395; Código Penal, art. 69). Do titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, diz-se que *decaiu*. Caducidade e decadência têm o mesmo étimo: *cadere*; e o prefixo *de* aí apenas alude à posição mais alta em que se acha aquêle que cai; as duas últimas sílabas ao fato e ao fazer-se, respectivamente. Melhor é evitar-se a expressão decadência, que contém referência a gradação desagregante: as caducidades são instantâneas. "Caso" não tem outra origem: é algo que aconteceu, como fruto que caíu, a água que se jorra na terra, a ave que pousa. O que caracteriza a caducidade é que se perde o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, em virtude de ato ou omissão do próprio titular, sem que seja elemento do suporte fáctico manifestação de vontade negocial ou de ato jurídico *stricto sensu* (*aliter*, seria renúncia, ou desistência, ou derrelicção, ou perdão). De ordinário, diz-se que tal perda é conseqüência de ato ilícito. Em verdade, a carga de contrariedade a direito é variável: vai do máximo, que é a do ato ou omissão, em que a perda é conteúdo de pena, ou efeito anexo, até aquelas espécies em que

o simples decorrer do tempo causa a caducidade (= preclusão), em vez de, por exemplo, causar a prescrição (= em lugar de encobrir, com a exceção de prescrição, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, preclui a pretensão, ou a ação, ou a exceção). Por outro lado, pode ser efeito de ato jurídico *stricto sensu*, como é o caso do perdão.

O Código Civil, no art. 1.748, usa a expressão "caduco", referindo-se a testamento, no sentido de *destitutum, desertum*. Seriam caducos os negócios jurídicos testamentários (testamentos), quando se desse exclusão, incapacidade e renúncia. Quanto às duas primeiras espécies, entende-se; não, quanto à terceira. Renúncia ou repúdio não importa caducidade. O que levou o legislador a essa incorreção foi a semelhança entre o negócio jurídico que se esbarronda pelo ato ou fato do beneficiado, com sua eficácia *ex lege*, e o negócio jurídico que se esbarronda por ato do beneficiado, *ex voluntate*.

2. DIREITO DE RESOLUÇÃO E CADUCIDADE. – A perda do direito de resolução, por ato ou omissão do titular, é caducidade. A chamada "rescisão" do contrato, no caso do art. 1.193, é mais do que caducidade, e contém-na. A incursão em pena convencional não no é (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, 93). É caducidade a perda do pátrio poder no caso de novas núpcias da mãe (art. 393): o direito que lhe nasce, enviuvando, é *ex novo*. O perdão ou é concebido pela lei como o ato *antes* da entrada da ofensa no mundo jurídico, e então tem de ser tido como não-existente o ato jurídico, pelo acontecimento do perdão; ou é concebido como o ato *após* a entrada da ofensa no mundo jurídico, e então é causa de caducidade. O último é o conceito que se adota no sistema jurídico brasileiro.

3. CLÁUSULAS CASSATÓRIAS E PRIVATIVAS. – As cláusulas cassatórias ou privativas, aplicadas ao negócio jurídico, quanto a disposição nêle contida, inclusive quanto às disposições de última vontade, podem dar ensejo, não a caducidade, mas a pena convencional, ou a efeito que o manifestante da vontade, ao inserir a cláusula quis. O último é o conceito que se adota, como veremos, no sistema jurídico brasileiro.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 168. A – Legislação

O art. 1.748 do CC/1916 ao usar a expressão "caducar", referindo-se a testamento, tem correspondência com a mesma versão do art. 1.971 do CC/2002.

Os casos de perda do pátrio poder, catalogados no art. 395 do CC/1916 encontram correspondência no art. 1.638 do CC/2002.

§ 168. B – Doutrina

O instituto jurídico da "caducidade" vem exposto por Pontes de Miranda, na forma aceita pela doutrina moderna, como perda de algum direito, pretensão, ação, ou exceção como também no sentido de preclusão máxima.

O art. 1.193 do CC/1916, utilizado como exemplo de caducidade, encontra correspondência no art. 570 do CC/2002.

III. ATOS ILÍCITOS RELATIVOS

§ 169. CONCEITO

1. Fato ilícito e ato ilícito relativos. – O fato ilícito relativo é o que ofende qualquer direito relativo, pretensão, ação ou exceção que se dirija contra determinada pessoa. O ato ilícito relativo é espécie de fato ilícito relativo e ao mesmo tempo de ato ilícito; distingue-se, ali, do fato ilícito absoluto e, aqui, do ato ilícito *stricto sensu* como do ato ilícito *stricto sensu* bruto e dos atos ilícitos caducificantes e nulificantes. A falta de pesquisa científica, que obrigasse os juristas a sòmente algo enunciar sôbre os fatos jurídicos depois de os conhecerem todos, ou quase todos, levou-os a falarem de atos ilícitos e de infrações contratuais, culpa extracontratual e culpa contratual, como se o que êles viam como culpa, fora do ato ilícito *stricto sensu*, fôsse só culpa contratual. Ora, a culpa no exercício do pátrio poder, da tutela, ou curatela, quando dela não resulta perda (portanto, caducidade: art. 395, perda do pátrio poder; arts. 413, 445, 443, III, e 453, remoção de tutor ou curador), é culpa por ato ilícito relativo (*aliter*, se cabe no art. 159), bem assim a da gestão de negócios que não se iniciou contra

a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio (art. 1.331), a do possuidor da coisa alheia sem esbulho ou turbação.

2. COMPOSIÇÃO DO ATO ILÍCITO RELATIVO. – Ato ilícito relativo há, sempre que do ato de alguém resulta violação de direito relativo, de obrigação relativa, de ação relativa, ou de exceção relativa. Se não se exige a culpa, ainda pode ser que o ato continue ato ilícito relativo, se do ato não se abstraiu: então, há ato relativo bruto. Se se abstrai do ato, está-se na classe dos atos-fatos ilícitos.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 169. A – Legislação

Os arts. 413, 415, 443, III e 453 do CC/1916, que tratam da remoção de tutor e curador, possuem correspondência, respectivamente, nos arts. 1.735, 1.737, 1.764, III, 1.774 e 1.781 do CC/2002.

§ 169. B – Doutrina

Pontes de Miranda parte do conceito de fato ilícito relativo para considerar o ato ilícito relativo como espécie daquele e se distingue lá e cá do fato ilícito absoluto. Desenvolve sua teoria nos §§ 170 e 171.

§ 170. PLURALIDADE DE REGRAS JURÍDICAS (ILÍCITO ABSOLUTO E ILÍCITO RELATIVO)

1. MULTIPLICIDADE DE INCIDÊNCIAS. – O mesmo ato pode ser elemento dos suportes fácticos de regras jurídicas diferentes; inclusive a incidência de uma delas pode fazê-lo entrar como ato ilícito relativo, e a de outra, como ato ilícito absoluto. Basta para isso que, violador de contrato, ou de outro negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*, também o seja de direito absoluto; ou, melhor, que o ato seja ilícito absoluto e o fôsse ainda se não existisse a relação jurídica entre o agente e o lesado. O que se apropria do depósito viola as obrigações do depositário e ofende o direito

de propriedade, civil e penalmente. Discute-se se, *de lege lata*, as duas ou mais regras jurídicas incidem, ao que não há qualquer obstáculo lógico ou político; ou se só uma delas pode incidir.

2. TEORIAS A RESPEITO DA PLURALIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS. – Na verdade, o que importa saber-se é se, na falta de lei explícita, é de interpretar-se que uma, tôdas, ou algumas das regras jurídicas incidem. Posta nesses têrmos a questão, evidentemente se simplifica.

a) *Teorias da concorrência.* Tôdas as regras jurídicas, ou, ao que nos interessa, a regra sôbre atos ilícitos absolutos e a regra sôbre atos ilícitos relativos (a do contrato, a do negócio jurídico, ou a do ato jurídico *stricto sensu*, e a do ato-fato ilícito absoluto, ou a do ato ilícito *stricto sensu*, ou a do ato ilícito absoluto e a do ato ilícito relativo) incidem. Assim, F. VON LISZT (*Die Deliktsobligationen*, I, 10 s., 275 s.), H. STIPANSKI (*Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage*, 47), H. BEHREND (*Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage*, 37), H. ISAY (*Die Geschäftsführung nach dem BGB.*, 401), L. KUHLENBECK (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 2.ª ed., 671): as pretensões concorrem; mas onde a regra jurídica sôbre ato ilícito relativo, ou convenção permitida, limita a responsabilidade ou limita a culpa mais pesada, tal limitação influi na pretensão oriunda do ato ilícito *stricto sensu* (F. VON LISZT, 13 s.; TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, 9.ª ed., 50). Naturalmente, há de se exigir que se possa, a respeito da matéria, convencionar. Veremos que daí se abriu o caminho às teorias c).

b) *Teorias do primado do ato ilícito relativo.* As regras jurídicas concernentes a delitos, atos ilícitos *stricto sensu*, são excluídas pelas regras jurídicas especiais sôbre atos ilícitos relativos. Noutros têrmos, rigorosamente científicos: a incidência da regra jurídica sôbre ato ilícito relativo tem-se por lògicamente primeira e retira ao suporte fáctico a suficiência para que a regra jurídica sôbre ato ilícito *stricto sensu* incida. Tal foi a opinião de F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, II, 4.ª ed., § 200, nota 4; depois mudou), que frisava a não-incidência da regra jurídica sôbre ato ilícito *stricto sensu* (delito): o comodatário, que causa dano à coisa comodada, ainda que, se se abstraísse da relação jurídica de comodato, com isso cometeria crime, ou delito civil, sòmente responderia pela culpa do ato ilícito relativo (aí, contratual), e não pela culpa do ato ilícito *stricto sensu* (também, K. LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen*, 20 s.; E. ECK, *Vorträge*, II, 601). Precisando que a regra jurídica sôbre delito tem

de ser atendida se nada tem o seu suporte fáctico com o suporte fáctico da regra jurídica sôbre ato ilícito relativo, K. HELLWIG (*Lehrbuch*, I, 266 s.; *Anspruch und Klagrecht*, 98 s.) pôs por princípio que a regra jurídica especial, a do ato ilícito relativo, *lex specialis*, afasta a *lex generalis*; se o conteúdo do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu* é determinante para o delito, – advertiu, depois, o próprio K. HELLWIG (Gesetzkonkurrenz und Tierhaftung, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11, 1290).

c) *Teorias sintetizantes*. Entre a tese e a antítese das teorias acima referidas puseram-se as que tentaram síntese. H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, 3.ª, § 64, II) entendeu que o simples fato de só responder por dolo, ou culpa grave, o agente do ato ilícito relativo não o exime de responder pelo ato ilícito absoluto, se, quanto a êsse, basta à responsabilidade a culpa leve: as estradas de ferro não podem escusar-se com os seus contratos de adesão, se a locomotiva explode, ou perde os freios. Assim, C. CROME (*System*, I, 489 e 532), P. LANGHEINEKEN (*Anspruch und Einrede*, 139), É. PRYM (*Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Ansprüche aus unerlaubter Handlung*, 63), R. WEYL (*System der Verschiddensbegriffe*, 268), H. STAUB (Die positiven Vertragsverletzungen, *Festschrift für d. XXVI Deutschen Juristentag*, 38) e J. KOHLER (*Lehrbuch*, II, 40 e 537), além de alguns comentadores.

Quando mudou de opinião, sustentou F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, 8.ª ed., § 200, notas 10-13), como W. VON BLUME (Vertragshaftung und Deliktshaftung, *Das Recht*, IX, 481), e O. CHR. FISCHER (*Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung*, 76 s. e 106 s.), que o elemento de ato ilícito relativo pode atingir o suporte fáctico do ato ilícito absoluto, de modo que se tem de descer à análise das espécies, para se saber se houve a retirada de elemento do suporte fáctico, e nesse sentido há verdadeira concorrência de regras jurídicas; mas admite que a pretensão delitual possa, em espécies, ficar só, ou só a do ato ilícito relativo, ou ambas. Na 2.ª ed. do *Recht der Schuldverhältnisse*, P. OERTMANN viu casos do primado do ato ilícito absoluto, portanto eliminação da concorrência (*e. g.*, presente de bebida arruinada, ou envenenada, entrega de carvão explosivo), casos em que prima o ato ilícito relativo (*e. g.*, locação de casa com mobiliário e livros e perda dêsses pelos cupins) e casos de concorrência (o cozinheiro envenena os patrões, com gêneros poluídos; o locatário estraga o cavalo de corridas, pondo-o a trabalhar em carroça). Já W. VON BLUME havia reduzido os grupos a dois: o em que cede o direito delitual (a copeira quebra o jarro de Sevre, que se achava na sala de jantar; o que encontrou

a jóia perdida deixa-a onde está, art. 605); o em que a regra jurídica sôbre ato ilícito absoluto não se flete diante da outra (*e. g.*, a copeira usa o espelho do quarto da patroa e quebra-o; o achador da coisa perdida toma-a e perde-a). O. CHR. FISCHER (*Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung*, 68 s. e 92 s.) raciocinou com aparente exaustão lógica do assunto: se a relação jurídica relativa permite o ato, não há pensar-se em ato ilícito absoluto; se a relação jurídica relativa não permite o ato e o abrange todo, incide a regra jurídica sôbre o ato ilícito relativo; se o ato, em sua contrariedade a direito, não está em relação com o ato jurídico, a sua ilicitude é absoluta (*e. g.*, *o* locatário joga setas no tapete da parede, ou o usa como forro do quarto de cães; o administrador acende o fogo com documentos de papiro, ou fôlhas de livros antigos, ou de uso).

3. CUMULAÇÃO E ESCOLHA. – No direito romano, havia a concorrência das regras jurídicas *ex uno facto*; concebia-se, algumas vêzes, que um só fato produzisse uma só obrigação e duas ações, *ex una obligatione duae actiones*, com a opção ao credor, – o que pareceu a alguns inconcebível para o direito de hoje (K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, 267, nota 61); verdade é, porém, que a cada momento o direito moderno continua de permitir a ação de diminuição do preço ou a de rescisão pelo vício da coisa, além da escolha entre a via ordinária e a executiva (já aqui no tocante a "ação", no sentido processual). A L. 1, § 21, D., *de tutela*, 27, 3, falou de duas ações de tutela, oriundas de uma só obrigação, tais que, exercida uma, a outra se extinguia (*perempta est*); porém, aí, percebia o intérprete que a ação de ato ilícito absoluto provinha das XII Tábuas (condenação à infâmia e à restituição do dôbro) e o pupilo como que escolhia entre a ação do direito elaborado no passado e a do nôvo direito. Na L. 34, pr., D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7, PAULO, segundo o seu livro de *concurrentibus actionibus*, cogitou da concorrência das ações da lei Aquília e da lei de injúria e o seu raciocínio analisava as opiniões discordantes: haviam de competir ambas, uma *ex culpa*, outra *ex affectu*; mas alguns diziam que, escolhida uma, a outra se consumia; outros, que, com a ação da lei Aquília, a de injúrias se extinguia, porque deixou de ser bom e equitativo que fôsse condenado o que já prestou o estimado, e, se houvesse, antes, exercido a de injúria, ficaria o réu sujeito à ação da lei Aquília; a nenhuma se ligava PAULO, inclusive à última, salvo se exercida a ação da lei Aquília pelo que competisse a mais (nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit), e formulou a sua opinião: a de ser lícito escolher a ação que se há de propor, podendo obter, com a outra, o que a mais está nela (rationabilius itaque est

eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi). HERÊNIO MODESTINO (L. 53, D., 44, 7) frisou que havia as duas ações e a escolha era quanto à propositura (una tantummodo, non omnibus utendeum est), o que demonstra não ter o discípulo de ULPIANO meditado sôbre as razões de PAULO. Os juristas que exploraram a expressão *ex una obligatione* não atenderam a que *obligatio*, aí, não é eficácia, mas suporte fáctico; está, aí, por "ex una re". O que não se pode é pedir o mesmo *mais de uma vez*; exercida, a pretensão extingue-se; o adimplemento dela extingue a outra, que, por ter o *mesmo* conteúdo, está satisfeita. Entenda-se por mesmo também o equivalente, para se abrangerem os casos da *reivindicatio* e da *actio commodati*.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 170. B – Doutrina

Pontes de Miranda desenvolve sua teoria, dividindo os atos ilícitos em absolutos e relativos, enquanto outros autores preferem, apenas, denominá-los, genericamente de "atos ilícitos", abarcando as duas categorias.

A seguir vêm expostas as diversas teorias sobre a incidência das regras jurídicas, "Na verdade, o que importa saber-se é se, na falta de lei explícita, é de interpretar-se que uma, todas, ou algumas das regras jurídicas incidem" (§ 170, 2).

§ 171. SOLUÇÃO DA QUESTÃO

1. NATUREZA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. – Para bem apanharmos as soluções exatas, devemos advertir em que se trata, apenas, de determinar *qual a lei* ou *quais as leis* que, dentre leis sôbre o ato contrário a direito, hão de incidir. O que se passa concerne a elemento do suporte fáctico, é certo; porém não à *contrariedade a direito*, e sim à *culpa* (com razão contra H. DERNBURG, H. WALDMÜLLER, *Verletzung von Schuldnerpflicht und unerlaubte Handlung*, 4). Não é possível, se a lei sôbre ato ilícito absoluto não passa, por sua finalidade político-jurídica, evidentemente, à frente da outra, ou se, pela particularidade que há no suporte fáctico (*ex hypothesi*, portanto, não o mesmo), não passa ao lado, responder-se

a priori. Tôda relação jurídica tem o seu fim; se essa relação não deriva de outra, a que corresponde direito absoluto (ditas absolutas ambas, sem razão, porque a primeira o é, e a segunda não), o ato ilícito foi ilícito relativo, e há indenização não regida pelo art. 159. O ato ilícito absoluto teria de ir contra relação jurídica absoluta (= a sujeitos totais); de modo que se formaria outra relação jurídica, já então relativa. A plena satisfação pelo ilícito absoluto só exaure a pretensão pela violação da relação jurídica relativa, se as *duas* coexistiram desde o início, em vez de se superporem, se essa pretensão não se funda em culpa mais leve, ou se não é além dos direitos objetivos da indenização pelo ato ilícito absoluto. Tôdas essas questões têm de ser versadas *a posteriori*, de olhos fitos nas regras jurídicas que concorrem. Se a pretensão *ex delicto* reflui sôbre a do ato jurídico, ou se reflui essa sôbre aquela, ou se há escolha quanto à ação, ou só processual, ou só na liquidação, são questões que só se resolvem com o exame das regras jurídicas em causa. Mesmo porque há a prejudicial de ser renunciável, ou não, uma delas; assim, se o não é, não se pode pensar em se afastar a essa pela outra.

2. ANÁLISE DAS ESPÉCIES. – (a) Se o ato ilícito absoluto do devedor não tem suporte fáctico comum com a violação da relação jurídica relativa, isto é, se o mesmo ato não entra no mundo jurídico como ato ilícito relativo, claro que só incide o art. 159. Não há concorrência de regras jurídicas.

(b) Se, em vez disso, o suporte fáctico de uma das regras jurídicas contém o de outra, de modo que se pode falar de "mesmo" suporte fáctico, ainda se um é maior do que o outro, – ou (1) ambas as regras jurídicas incidem, o que só se dá se a) o devedor *dolosamente* viola a relação jurídica relativa, ou b) se o ato ilícito absoluto foi contra direito, pretensão, ação, ou exceção irrenunciável, ou (2), se não há a), nem b), a regra jurídica do ato ilícito relativo é que incide (ou, excepcionalmente, a outra).

Em verdade, estão-se a enunciar princípios formais. Temos exemplo de (a), nas obrigações do possuidor da herança de devolver o que percebeu e de ressarcir o dano que causou por dolo ou culpa (art. 1.778). Há, aí, concorrência cumulativa de ações, – não de regras jurídicas. Temos exemplo de (b), 1), *a*), no que não paga a dívida, para que o credor abra falência, ou no que paga a dívida com dinheiro suscetível de ser apreendido. Temos exemplo de (b), 1), *b*), se o devedor deixou de entregar o preço da coisa inalienável, que se tem de sub-rogar, ou se o médico matou o cliente, ou agrava a doença dêsse, por ato ilícito absoluto (P. FROMHERZ,

Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld, *Archiv für die civilistische Praxis*, 108, 435 s.; cf. E. RABEL, *Die Haftpflicht des Arztes*, 79), ainda quando chamado pela polícia (H. JOACHIM e A. KORN, *Deutsches Ärzterecht*, 345), ou sem receber honorários. A gestão de negócios não suprime, aí, a contrariedade a direito, por negligência, ou imprudência. Nem tinha razão BÜRGNER (*Das Verhältniss des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Vertragsanspruch*, 27), excluindo a ação *ex delito* do que convidou amigos para refeição em restaurante, se ficaram envenenados, e mantendo-a aos convidados. A relação jurídica relativa não tira, aí, a ação do ato ilícito absoluto, de modo que a distinção é falsa.

Em (b), tratou-se daquelas espécies em que uma regra jurídica *exclui*, por si-mesma, a outra; porque, então, é *lex specialis* (conceito que K. HELLWIG, *Lehrbuch*, I, 266, *Anspruch und Klagrecht*, 98 s., generalizara em demasia, a ponto de estabelecer confusão entre concorrência e não-concorrência): a regra jurídica especial recortou, no que é seu conteúdo, o conteúdo da regra jurídica geral (derrogando-a, se posterior a essa). Exemplo: Nos contratos comutativos, se a coisa foi recebida com vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor, pode ser enjeitada (art. 1.101), ou ser pedida a diminuição do preço (art. 1.105). Tais regras jurídicas são *lex specialis* e não se ligam à anulabilidade por êrro (arts. 86-91). É possível que, excepcionalmente embora, a *lex specialis* deixe subsistir todo o conteúdo da *lex generalis*, anterior ou posterior (cf. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 2.°, §§ 1.° e 2.°). Também acima não se cogitou das regras jurídicas, cujas partes integrantes são de épocas diferentes, como acontece com as consolidações e o vimos a respeito do Digesto: hoje em dia, o melhor critério é o de se entender que a preferência pela mais nova exclui a mais velha; a preferência pela mais velha sòmente exclui a mais nova, se a *contém*.

3. APARENTE CONTRADIÇÃO ENTRE REGRAS JURÍDICAS. – Se há contradição entre as regras jurídicas, não há problema de concorrência (ou, sequer, pluralidade de leis), porque o sistema jurídico, por ser sistema lógico, tem de ser isento de contradição: ou *a*) a contradição é *invencível*, e + 1 - 1 = 0; donde haver lacuna no sistema jurídico, se outra regra jurídica não enche o espaço que qualquer daquelas, ou uma delas encheria (HANS CARL NIPPERDEY, em L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, § 54 a, VI, não viu isso); ou *b*) a contradição é *vencível*, e a solução que se dá é no plano da *interpretação*, e não no da *incidência* das leis.

4. FALSA ALTERNATIVIDADE. – Fala-se da *alternatividade* (escolha, com a conseqüência da extinção da não-escolhida). Se depois de concluir o contrato comutativo, em mora o devedor, se impossibilita a prestação (art. 957), mas, antes, já a coisa tinha vícios ou defeitos ocultos (arts. 1.101-1.106), pode o contraente escolher a *actio redhibitoria* (ou a *quanti minoris*), ou exigir a indenização. É o que também se passa com a indenização pelo ato ilícito absoluto e a indenização pelo ato ilícito relativo; mas a solução não é a mesma, conforme vimos, pois casos há em que só a regra jurídica do ato ilícito relativo incide. Ora tem razão a teoria da concorrência de leis, ora a teoria da concorrência de pretensões, ora a do primado da regra jurídica concernente ao ilícito relativo. Se a regra jurídica sôbre ato jurídico (*e. g.*, arts. 1.253, sôbre comodato, e arts. 1.277, sôbre depósito) é menos exigente que a do art. 159, há, no plano da incidência das leis, exclusão dessa, porque um dos elementos comuns aos dois suportes fácticos foi "reduzido". No caso de gestão de negócios, por exemplo, para acudir a prejuízos iminentes, o gestor sòmente responde por dolo ou culpa grave (arg. aos arts. 1.340 e 160). A pretensão oriunda de ato ilícito absoluto não precisa estabelecer-se entre proprietário ou possuidor reintegrado, ou manutenido, e possuidor fora do art. 503, porque êsse se satisfaz com a contrariedade a direito transubjetiva (= sem culpa), ou objetiva (fatos ilícitos). Se o caso não entra no art. 503, tôda responsabilidade derivada da posse se rege pelos arts. 510-519, como *leges speciales*. A reivindicação, com a indenização, exclui a ação civil pelo ato ilícito *stricto sensu*, porque é *lex specialis*; e chega ao mesmo resultado, ou melhor.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 171. B – Doutrina

Para Pontes de Miranda, a questão concernente à pluralidade de regras jurídicas soluciona-se ao determinar "qual lei ou quais as leis que, dentre leis sobre o ato contrário a direito, hão de incidir" (§ 171, 1).

Assim, o que se passa "concerne a elemento de suporte fático é certo; porém não à contrariedade do direito, e sim à culpa" (§ 171, 1).

Para Pontes de Miranda "toda relação jurídica tem o seu fim; se essa relação não deriva de outra, a que corresponde direito absoluto (ditas absolutas ambas, sem razão, porque a primeira o é, e a segunda não), o ato ilícito foi ilícito relativo,

e há de haver indenização não regida pelo art. 159" (§ 171, 1) (cf. art. 186 do CC/2002).

No texto é feita menção a diversos dispositivos do Código de 1916: (a) o art. 1.253 do CC/1916, referente ao comodato, e o art. 1.277 do CC/1916, sobre depósito, têm correspondência, respectivamente, nos arts. 583 e 642 do CC/2002; (b) os arts. 160 e 1.340 do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, nos arts. 188 e 870 do CC/2002; (c) o art. 503 do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil atual e os arts. 510 a 519 do CC/1916 são correspondentes aos arts. 1.214 a 1.222 do CC/2002.

Vicente Ráo, em sua clássica monografia *Ato jurídico*, depois de expor as diversas teorias que procuram solucionar o conflito que se verifica entre os elementos volitivos dos atos jurídicos e a declaração, apresenta as diversas conclusões de ordem geral extraídas das teorias expostas.

As várias teorias "vão buscar, direta ou indiretamente, nos princípios da responsabilidade o critério e solução do conflito entre a declaração e a vontade; e, assim, ora invocam o conceito específico da culpa *in contrahendo*, ora a noção geral da culpa aquiliana, ora a da culpa contratual (entendido o termo culpa em sentido amplo compreensivo do dolo e da culpa em sentido próprio). Algumas dessas doutrinas procuram harmonizar o já mencionado critério com os critérios que disciplinam a invalidação dos atos jurídicos por vícios da vontade e adotam, com variantes, a regra da nulidade dos atos quando a vontade e a vontade de declaração são havidas por inexistentes e da anulabilidade quando a vontade é apenas viciada, admitindo, num caso e noutro e ao mesmo tempo, a aplicação do princípio da responsabilidade" (Ráo, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 174, n. 71).

O mestre cita os comentários de Clóvis no sentido de que o estudo do ato jurídico produziu na Alemanha "extensa literatura onde, a par de análises profundas e de ideias sãs, não tem faltado desvios filosóficos e exageros psicológicos"; e a seguir, invoca e adota esta opinião de Benider: "para a solução do problema da declaração da vontade, a jurisprudência não pode esperar auxílio da filosofia, nem da psicologia, porque é este exclusivamente, um problema da ciência jurídica, do direito positivo, cuja solução só pode ser encontrada em uma análise exata e feita com absoluta isenção de espírito, das normas de direito" (Ráo, Vicente. *Ato*... cit., p. 174-175, n. 72).

Para Vicente Ráo, "a solução posta em termos puramente normativos não pode, como é óbvio, satisfazer ao jurista e levá-lo a abandonar o estudo científico e sistemático do problema, inclusive, pois, o estudo dos princípios gerais que, particularmente nessa matéria, possuem profundas raízes psicológicas (e tanto vale dizer filosóficas) pela simples razão de ser a vontade uma faculdade psíquica de cuja determinação e atuação, juntamente com elementos outros, os atos jurídicos resultam" (Ráo, Vicente. *Ato*... cit., p. 174-175, n. 72).

§ 172. A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE, CULPOSA, DA PRESTAÇÃO

1. CULPA E OBRIGAÇÃO PREEXISTENTE. – As violações culposas das obrigações, pretensões, ações e exceções, nas relações jurídicas de sujeitos passivos individuados (= não totais) são de três classes e exaurem os atos ilícitos relativos: *a*) a impossibilidade superveniente da prestação, com culpa do devedor (art. 865, alínea 2.ª: "Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá êste pelo equivalente, mais as perdas e danos"; art. 866: "Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu", "sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou outro caso, indenização das perdas e danos"; art. 79: "Se a prestação do fato se impossibilitar... por culpa do devedor, responderá êste pelas perdas e danos"; arg. ao art. 882); *b*) o inadimplemento, com a figura da *mora*; *c*) a violação positiva da pretensão. As duas primeiras classes absorveram, por bem dizer, a atenção dos juristas de dois milênios. Desde que se falta ao cumprimento do que se prometeu, ou se tem, *ex lege*, de cumprir, há inadimplemento, porém o inadimplemento pode ser pela recusa a cumprir o prometido, ou por impossibilidade superveniente da prestação, causada pela culpa do que há de cumprir, ou sem sua culpa. Nos dois primeiros casos, há o ato, a contrariedade a direito, a culpa; portanto, o ato ilícito, aí, relativo, por se não tratar de relação jurídica absoluta ou a sujeitos passivos totais. A impossibilidade não imputável ao devedor aqui não nos interessa: no seu suporte fáctico não há o ato e a culpa, ou, pelo menos, não há a culpa do devedor; e a obrigação extingue-se. Se a impossibilidade compõe, com a culpa, o ato ilícito relativo, tem o devedor de prestar perdas e danos. Se a coisa foi roubada, a culpa não foi do devedor, e a obrigação extingue-se. Mas, se o devedor foi culpado, por sua negligência, tornando possível, ou fácil, o roubo, a obrigação não se extingue pela resolução *ipso iure* (art. 865), e êle responde por perdas e danos. A culpa pode consistir em que o devedor não evite *causa jurídica* de impossibilidade (*e. g.*, arresto, seqüestro, penhora; falta de cuidado em obter a licença de importação, ou de exportação, se está em andamento lei que a proíbe). O ato do terceiro pode impossibilitar a prestação, sem culpa do devedor; mas há ato ilícito relativo, se o devedor mesmo sugeriu ao terceiro comprar para o credor a coisa que o devedor prometera. Também é impossível a prestação, se o devedor teria de expor sua vida para a salvar, ou se o sacrifício para a salvar

seria econômicamente desproporcionado, ou se havia, com ela, de salvar a vida de outrem, ou altos interêsses do homem, do Estado ou dos habitantes do país (*e. g.*, se o devedor, inundando o vale, onde estão as terras que prometera, evitou o rompimento do açude). Mas, se houve ato anterior e a culpa foi do devedor, não se exime êle à responsabilidade.

2. IMPOSSIBILIDADE PARCIAL. – Se a prestação se torna *parcialmente* impossível, a obrigação, quanto ao resto, subsiste. Se culpado é o devedor, tem de satisfazer quanto à prestação primária restante e de indenizar quanto ao que foi atingido por sua culpa, e não quanto ao que foi sem sua culpa (*e. g.*, durante tempestade, que destruiu duas casas da fazenda, houve incêndio da terceira, porque o devedor não se lembrou de desligar a chave da fôrça elétrica).

3. CONCORRÊNCIA DE EFEITOS JURÍDICOS E IMPOSSIBILIDADE. – A impossibilidade pode resultar de *concorrência de deveres*, ou de *obrigações*, ou de *concorrência passiva de direitos*, *pretensões*, *ações* ou *exceções*, como se o devedor deve salvar no incêndio, tôdas as coisas em depósito, ou se há de registar todos os títulos no mesmo dia, ou nomear bens às penhoras simultâneas, mas as circunstâncias impedem-lhe proceder com igual cuidado, ou em relação a todos os credores. Então, há culpa do devedor, se, no tocante ao incêndio, não podendo salvar a tôdas, mas só algumas, não procede com bom senso, salvando as mais valiosas, ou as de mais fácil salvamento, ou as que menos perigo lhe ofereciam, ou que maior perigo causariam ficando.

4. ESTADO DE NECESSIDADE. – O estado de necessidade pode permitir atos que atinjam direitos reais, posse, ou direitos, pretensões ou ações de direito das obrigações (A. VON TUHR, *Der Notstand im Civilrecht*, 15 s.; PAUL KRÜCKMANN, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, *Archiv für die civilistische Praxis*, 101, 4). A questão, respeito aos direitos pessoais, é de grande importância quanto à diferença entre impossibilidade superveniente da prestação e pré-exclusão da contrariedade a direito, se o devedor está em estado de necessidade. O assunto desloca a responsabilidade pelo ilícito relativo para o terreno do ato-fato jurídico (arts. 1.519 e 1.520). Contra tal deslocamento, pronunciou-se H. TITZE (*Die Unmöglichkeit der Leistung*, 6 s.). Devemos precisar bem o que se discute: ou (*a*) o estado de necessidade (não se confunda com a fôrça maior e o caso fortuito) não importa à relação jurídica entre credor e devedor, e o não-adimplemento da

prestação produz tôdas as suas conseqüência ordinárias, segundo as *regras jurídicas sôbre inexecução das obrigações* (arts. 1.056-1.058); ou *b*), por analogia, há-se de tratar o estado de necessidade como o de perigo comum à coisa do credor e à do devedor, ou às coisas de diferentes credores, de modo que só em casos de responsabilidade sòmente por culpa lata seria possível preferir a sua à alheia; ou *c*) o ato em estado de necessidade pode ir contra coisa ou direito, pretensão, ação ou execução ("coisa", no art. 160, II, é "bem"), e então o dever de reparar *ex contractu*, ou por negócio jurídico unilateral, se extingue, e nasce o dever de reparação pelo ato-fato.

Desde logo observemos que o art. 160, II, está na Parte Geral e os arts. 1.519 e 1.520 no Direito das Obrigações, e não no Direito das Coisas, como o § 904 do Código Civil alemão; de modo que, no caso da opinião *c*), não se precisaria, em direito brasileiro, falar de analogia. Já isso implica a argumentação, sem que sejam diferentes os problemas e as soluções nos dois sistemas jurídicos.

Se o agente em estado de necessidade poderia lesar a coisa de outrem, inclusive, está claro, a coisa objeto da prestação já recebida pelo credor, ou já remetida, *a fortiori* não é contrário a direito o sacrifício dessa coisa se ainda não prestada. Alega e prova o estado de necessidade para mostrar que o seu ato não foi contrário a direito e, pois, não constituiu ilícito relativo; porque não foi contrário a direito, a sua responsabilidade é segundo os arts. 1.519 e 1.520, e não segundo os arts. 1.056-1.058. É o caso do que vendeu penicilina a ser entregue e. tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir, no dia, o contrato. Não houve impossibilidade sem culpa, nem com culpa; houve ato em estado de necessidade: ato não-contrário a direito; portanto ato inadequado a figurar como elemento de suporte fáctico de ilícito relativo (infração contratual). Responsabilidade tem o devedor, não mais como devedor, e sim pelo ato-fato jurídico (ato em estado de necessidade). Contra tal ato, não poderia o credor vir com a legítima defesa, nem com a justiça de mão própria; nem o devedor incorre em pena contratual (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 607). Não seria, porém, de acôrdo com os princípios que não respondesse pelo ato-fato jurídico, que do ato em estado de necessidade resultou (sem razão, W. KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*, 101): os arts. 1.519 e 1.520 incidem. Assim, se, após o prazo da locação, o locatário permanece na casa, por motivo de doença, ou outro motivo, que perfaça estado de necessidade, a indenização não é pelo adimplemento dos alugueres; é a indenização segundo os arts.

1.519 e 1.520, uma vez que não houve prorrogação. Os alugueres são elementos da indenização, mas pode haver outros elementos.

5. CONCORRÊNCIA POLARIZADA DE INTERÊSSES. – A impossabilidade pode resultar de *concorrência polarizada de interêsses*, como se perigam interêsse do devedor e interêsse do credor, não podendo o devedor atender aos dois. Então, ou procede êle como o permite argumento ao art. 160, I e II, ou não cabe a invocação analógica do art. 160, I e II (que excluiria a *contrariedade a direito*), e comete o devedor ato ilícito relativo, devendo responder pelas perdas e danos. Se alguém sacrifica, para salvar coisa sua, o que pertence a outrem, que não é seu credor de tal coisa, a responsabilidade é pelo ato ilícito absoluto, ou incide o art. 160, II. Se sacrifica, para salvar coisa sua, o que é do credor, ou haveria de ser-lhe prestado, então: ou a sua coisa é mais preciosa, ou de mais fácil salvamento, ou agravadora de perigo, se não fôsse salva; ou comete o devedor ato ilícito relativo. Se salva o que é seu e deixa sacrificar-se o que não estava em perigo e devia ao credor, não se pode pensar em concorrência passiva de direitos, obrigações, ações, ou exceções, porque falta a comunidade de perigo que faça a concorrência de interêsses. A reparação é pelo ato ilícito relativo, ou, se a coisa já pertencia ao credor, havendo culpa, pelo ato ilícito absoluto.

6. DIFICULDADE EXTRAORDINÁRIA. – A dificuldade extraordinária, ou desproporcional, considera-se impossibilidade; tem-se por impossível a prestação que seria *exorbitante*, se o devedor mesmo o não assumiu. Assim, se A vendeu trinta automóveis, da marca X, ano tal, a B, para os entregar até abril e, no intervalo, se veda a importação de automóveis, sem que A e B o houvessem previsto, e a aquisição dos trinta automóveis, que A não tinha, custaria além do dôbro (por exemplo), tem A por si o *princípio da equivalência do exorbitante e da fôrça maior*. É a eficácia da impossibilidade objetiva por desproporcionalidade. No impossível, por perecimento do objeto, há impossível *absoluto*; mas há impossível *relativo* se as circunstâncias fazem tais as desproporções entre o objeto antes e ao tempo da prestação, que tôda exigibilidade seria contra a política jurídica adotada: ali, o impossível é *lógico*; aqui, *jurídico*. Os devedores sòmente são obrigados a prestar o que *in concreto* seria de acôrdo com as regras da boa fé e da proibição do jôgo (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 3.ª-4.ª ed., 98; H. DERNBURG, II, *1*, 151, nota 2; B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, 6.ª-7.ª ed., 210; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 9).

Não basta que se tenha tornado caro, ou mais caro o objeto, ou de mais difícil obtenção; é preciso que a exorbitância seja tal, ou tal a dificuldade, que – no trato ordinário da vida – se possa equiparar ao impossível. Assim, não basta a guerra, ou a revolução, ou o terremoto, se não determinou, ou ainda não determinou a exorbitância impossibilitante: enquanto há no mercado, comprável por todos, ou por aquêle que satisfaça certas exigências, o objeto, não há a impossibilidade.

A simples *difficultas praestandi* é inconfundível com a impossibilidade. O que equivale a essa é a exorbitância, a *Unerschwinglichkeit*, que transplanta o problema para o terreno da realidade da vida, onde o desproporcional ofenderia a todo propósito de organização *acertada*, humana, da sociedade. Não se pode pensar em equiparação do extremamente difícil ao impossível, se passageira a dificuldade: dar-se-á retardamento, e não impossibilidade; aguarda-se a cessação, salvo se fixa, absolutamente, a data. Tem-se, porém, por impossível o extremamente difícil temporário, se não se pode prever quando cesse. Ainda que inesperadamente cesse, não revive a pretensão primária extinta, ou que os contraentes acordaram considerar extinta. Não assim, se apenas se tornara parcialmente ineficaz a pretensão (*e. g.*, o devedor alienara, ou gravara a coisa); readquirindo-a, ou liberando-a, a eficácia integra-se. Não houve extinção.

A impossibilidade físico-química do adimplemento concerne ao objeto. A sua conseqüência para a extinção da obrigação, se sem culpa, é *ipso iure*; há um não-poder-prestar, objetivo, que se *refere* ao objeto, e não às circunstâncias. Discute-se se, tratando-se de impossibilidade devido às circunstâncias, inclusive quanto à exorbitância da prestação, há eficácia *ipso iure*, ou simples exceção. Em geral, pela exceção, PAUL KRÜCKMANN (Unmöglichkeit der Leistung infolge des Krieges, *Leipziger Zeitschrift*, 12, 961-973); em se tratando de prestação exorbitante, pela eleição do devedor entre cumprir e exigir a prestação, *ou* invocar a excessividade, recusando-se a prestar e pedindo a resolução, L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 160). Ora, a exorbitância da prestação ou equivale, *in concreto*, à impossibilidade, ou não equivale: se equivale e foi sem culpa, a obrigação extingue-se *ipso iure*, pela resolução; se culposa, cabe indenização; se não equivale, o não-adimplemento importa em mora (violação negativa da obrigação).

Nos negócios jurídicos em que a obrigação é duradoura, como se passa com os alugueres de casa, também pode ocorrer a exorbitância a partir de certo momento, ou de certo período.

7. INDENIZAÇÃO; PRETENSÃO PRIMÁRIA E PRETENSÃO SECUNDÁRIA. – Se a prestação se torna impossível por culpa do devedor, repara êsse os danos que disso resultem. O prejuízo que então se indeniza é o *dano positivo*, que corresponde ao interêsse do credor no adimplemento (Erfüllungsinteresse). Tal prejuízo é objetivo, independe do que o credor esperava do seu crédito e do que os figurantes haviam pensado dêle, ou da sua eventualidade; compreende o *damnum emergens*, que consiste em diminuição ou depreciação do ativo, em aumento do passivo e em perda do lucro. Discute-se se, ocorrendo impossibilitação com culpa do devedor (ato ilícito relativo, à semelhança do inadimplemento), A) a *pretensão primária* (pretensão à prestação impossibilitada) se extingue e *a*) surge a pretensão *secundária* pelo inadimplemento, como substituta (L. ENNECCERUS, *Rechtsgeschäfte*, 593, e *Lehrbuch*, I, § 271, nota 1, nas edições anteriores à de H. LEHMANN), ou *b*) a pretensão é a mesma e tem o devedor de prestar o equivalente, porque não prestou o que prometeu (F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 110, 126; Einige Streitfragen, *Jherings Jahrbücher*, 43, 128), ou B) a pretensão é a mesma e o credor fica *como* se estivesse em frente ao que não quer prestar, com tôdas as conseqüências dessa construção (O. FISCHER, *Unmöglichkeit ais Nichtigkeitsgrund*, 22 s.; *Zweiter Beitrag*, 12 s.): está-se, apenas, na estrada da execução.

Se a obrigação sofre a impossibilidade da prestação, não é possível pensar-se em ter o mesmo objeto a pretensão. Não se pode, lògicamente, admitir que a sentença condene o réu a prestar o que já era impossível prestar-se ao ser proferida a sentença, nem o credor, conhecendo a impossibilidade, pode exigir ao devedor que preste o impossível. Diz-se, a favor da tese contrária (e ilógica), que o credor que demanda a indenização não tem de provar a culpa do devedor; mas o que se dá é exatamente o ônus ao devedor, pois é a êle que interessa provar a inimputabilidade. Só há dois casos, referidos por G. PLANCK (*Kommentar*, II, 4.ª ed., 240), em que a prestação primária e a indenização, se aquela não puder ser feita, podem ser pedidas, aliás alternativamente: são o do devedor que alienou a coisa devida e o do devedor que gravou a favor de terceiro a coisa devida: ou êle readquire, ou libera a coisa, prestando-a, ou presta a indenização.

A opinião, segundo a qual a pretensão primária, com a impossibilidade objetiva, continua, alega que o devedor, demandado pela prestação primária, não tem de provar a impossibilitação culposa, e tudo se passa como se estivesse em causa simples recusa de prestar. Não procede o argumento, porque apenas ocorre, aí, a igualdade de tratamento para a violação

negativa culposa e a violação pela impossibilitação. Condenado à prestação primária, sem se ter provado a impossibilitação culposa, o credor tem de ir com a ação de execução de sentença dos arts. 992-995, e não com a ação dos arts. 906-917 (lei processual). Naturalmente, se o credor não acreditava na impossibilidade, nem podia prová-la, outro caminho não tem que o de pedir a prestação primária; se pode prová-la, melhor é que o faça (O. FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, 72; *Zweiter Beitrag*, 72). O princípio é o da inexigibilidade do impossível, que o direito romano acolhia (a *intentio*, para a prestação impossível, não gerava *perpetuatio obligationis*). O credor, que conhece a impossibilidade culposa, deve pedir a indenização (E. RABEL, *Mélanges* GÉRARDIN, 506; H. SIBER, Zur Theorie von Schuld und Haftung, *Jherings Jahrbücher*, 50, 224). Qualquer propositura da ação para haver a prestação primária é eficaz, porque no plano do direito processual tem de caber a situação do credor que não conhece a impossibilitação, ou que não na pode provar. No plano do direito material, o devedor culpado da impossibilitação sòmente está obrigado a indenizar. Porém daí não se tire que seja nula a sentença que condene a satisfazer prestação impossível se a impossibilidade não foi alegada e provada (sôbre a questão, A. WACH, Urteilsnichtigkeit, *Rheinische Zeitschrift für Zivil-und Prozessrecht*, III, 373 s.; contra, pondo-se no plano do direito material, O. FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, 67 s.).

Com a impossibilitação, o crédito e a pretensão são os mesmos; a ação é que é outra, pela mudança da *res* deduzível. A prestação é que muda, considerando-se em caminho de satisfação o crédito e a pretensão. As garantias e penhoras, ou outras constrições, que apanhavam a prestação primária, apanham as perdas e danos. Se, no momento de ter conhecimento da cessão, o devedor possui crédito contra o cedente e a indenização é compensável, pode opor ao cessionário a compensação (arts. 1.072, 1.009-1.024). Se o credor cedeu o crédito e a prestação já se impossibilitara, a cessão concerne ao crédito de prestação a perdas e danos, ainda se o cessionário, ou os dois figurantes ignoravam a impossibilitação. O prazo de prescrição é o mesmo. E as mesmas as exceções a que estão sujeitos direito, pretensão e ação do credor. Se é nulo o negócio jurídico, não importa à sorte dêle a impossibilidade superveniente. Se o outro figurante não adimple como devera, cabe ao devedor, ainda que se tenha dado por culpa dêle a impossibilitação, a exceção *non adimpleti contractus* (art. 1.092, alínea 1.ª). Bem assim, a pedir a caução do art. 1.092, alínea 2.ª, e a resolução do art. 1.092, parágrafo único. A resolução *ipso iure* é sòmente em caso de

não haver impossibilitação sem culpa do devedor (art. 865, alínea 1.ª). O art. 1.092, parágrafo único, apenas confere direito formativo extintivo, que é o de resolução.

Diz o art. 1.092, parágrafo único: "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão" – aliás *resolução* – "do contrato com perdas e danos". O Código Civil alemão, § 325, é explícito quanto à resolução em caso de impossibilidade superveniente, por culpa do devedor. O Código suíço das Obrigações, art. 107, sòmente cogitou da resolução por mora (excluída a interpretação analógica). No art. 865, alínea 1.ª, o Código Civil brasileiro tratou da impossibilidade superveniente sem culpa do devedor, dizendo que fica "resolvida a obrigação para ambas as partes"; na alínea 2.ª, acrescenta-se que, "se a perda resultar de culpa do devedor, responde êste pelo equivalente, mais as perdas e danos". Pergunta-se: ¿há a alternativa a favor do credor, – *ou* o art. 865, alínea 2.ª (pedir a execução do contrato), *ou* o art. 1.092, parágrafo único (pedir a resolução do contrato)? O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos arts. 879, 882, 886 e 887. O "inadimplemento", de que fala o art. 1.092, parágrafo único, ou sòmente compreende a violação negativa da obrigação, ou a violação negativa e a positiva, ou a violação negativa e a positiva e a impossibilitação culposa. Não há razão para se tratarem diferentemente as três classes de atos ilícitos relativos. Também não adimple o que impossibilita o adimplemento.

8. OBRIGAÇÕES GENÉRICAS. – Quanto às *obrigações genéricas*, para que não houvesse possibilidade de adimpli-las seria preciso que tôdas as coisas compreendidas no *genus* houvessem desaparecido. Por exemplo: em caso de venda de futuras apólices da dívida pública do Estado X, se, com a guerra, o Estado X desapareceu. A extinção seria no terreno do conceito mesmo da coisa. Fora dêsses casos extremos, em que é absoluta a exaustão do *genus*, o bem genèricamente prometido não perece, porque, se um dos bens compreendidos pelo *genus* perece, outro, em lugar dêle, se insere.

O conceito de gênero é relativo; os sinais, pelos quais se aponta o gênero, podem referir-se a mais ou a menos. Daí a importância da distinção entre impossibilidade objetiva interna (= da coisa) e impossibilidade objetiva externa (= das circunstâncias). O art. 877 só se refere àquela.

Enquanto o *genus* não se exaure, pode o devedor prestar; não cabe pensar-se em impossibilidade, nem em responsabilidade pelo dano, a que leva, a respeito das obrigações, a pretensão secundária à indenização. O devedor de obrigação genérica, se algo perecer ou *n-1* bens pereceram e

resta 1 no *genus*, presta primàriamente, e não em substituição do inadimplemento por impossibilitação ou mora.

É o *genus* que não se tem por perecível: *Genus perire non censetur*; em vez de se tratar de regra jurídica concernente à impossibilidade. Não se há de entender que pereceu, ou se deteriorou o gênero; há-se de entender que a chamada impossibilidade não é impossibilidade. A rigor, não há, na teoria da impossibilidade superveniente, lugar para se tratar da perda ou deterioração do genérico. Quando o art. 877 exclui a alegabilidade da perda ou deterioração, ainda por fôrça maior, ou caso fortuito, estatui *no plano do conceito*, que é o de obrigação genérica, e não no de impossibilidade. Impossibilidade do objeto genérico, se o *genus* existe, seria *contradictio in terminis*. Nas obrigações genéricas, o risco da perda ou do perecimento está com o devedor; donde dizer-se *Genus perit ei cui debetur = Genus perire non censetur*, porque são proposições que apenas exploram o conteúdo do conceito de "gênero" (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, 351: "A respeito das proposições; de que falámos, concernentes aos riscos, é preciso sempre as ter como exploração da definição de gênero, porque, fora daí, podem ter sentido duplo"; excelente, o Código Civil, art. 877).

Assim, quanto a *obrigações genéricas*, não há violação inimputável da pretensão, em caso de perda ou destruição da coisa. À regra, segundo a qual a impossibilidade definitiva, que sobrevém e não é imputável ao devedor, extingue a dívida e, pois, libera o devedor, as leis teriam de abrir exceção para as obrigações genéricas, se preciso fôsse: ainda se não há culpa, o devedor responde pela prestação, porquanto, antes da escolha, ou concreção (= transformação da obrigação genérica em obrigação certa), o devedor não pode alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por fôrça maior ou caso fortuito (art. 877).

a) Aqui, surge o problema do tonel de vinho, do qual se devem dez garrafas. Se foi roubado o tonel, há impossibilidade não culposa de se prestarem as dez garrafas, porque, se fôsse devido todo o tonel, culpa não haveria e, pois, liberado estaria o devedor, pela extinção da obrigação; pela mesma razão, se só deve dez garrafas (W. KISCH, *Gattungschuld und Wahlschuld*, 887). ¿Tratar-se-á de exceção ao princípio da responsabilidade pela prestação genérica? Não; é obrigação de parte indivisa, mas a separar-se de coisa certa, – não obrigação genérica (sem razão, L. ENNECCERUS e H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 160). Note-se que se alude menos ao gênero que à coisa certa, donde a impropriedade do nome

obrigação genérica limitada (*beschräankte Gattungsschuld*). A rigor, não se alude, sequer, a gênero; razão por que a perda ou destruição da coisa certa é que exclui a obrigação. Não se há de ver gênero onde não há (sem razão, C. CROME, *System*, II, 91, nota 11; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, *1*, 3.ª-4.ª ed., 120, nota 5). As obrigações de parte indivisa do certo parecem-se, porém não se confundem com as obrigações específicas, em que se é obrigado a prestar o que se determina pelo gênero *mais* alguma ou algumas qualidades, que estabelecem subclasse: nessas, entre o que há de prestar e o gênero está a espécie; naquelas, acima delas está a coisa certa.

b) Outras exceções que se têm apontado são a da restrição à liberdade do devedor, sem sua culpa, e a da impossibilidade de prestar por falta de meios de transporte (L. ENNECCERUS e H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 160). Em verdade, em caso de impossibilidade objetiva não se sairia dos princípios para se tratar a obrigação genérica (A. UBBELOHDE, Die Befreiung des Schuldners, *Archiv für die civilistische Praxis*, *85*, 121 s.) e aí está a solução para a questão da irresponsabilidade pela prestação se o transporte é impossível (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 235). Tem sido fácil dito dos juristas aventurar que, aí, há impossibilidade *da prestação*, quando se trata de impossibilidade objetiva *do adimplemento da prestação*. O art. 877 nada tem com isso. Trata-se de impossibilidade objetiva externa, e não interna (= da coisa). É o que acontece com as guerras, as revoluções, as proibições de exportação e importação, as vedações de saída de divisas, etc.

9. OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS. – Chamam-se *obrigações específicas* (Speziesschulden), ou *obrigações de encontrar*, aquelas que consistem em ter o devedor de entregar ou procurar e adquirir (não procurar e mostrar) para o credor a coisa prometida, de gênero e espécie determinados. Tais obrigações não são só do gênero, nem são de coisa certa; ficam entre elas, participando, porém, da sorte das obrigações genéricas: as coisas foram indicadas por menos do que o gênero e a quantidade, pôsto que se não tenham tornado "certas" (art. 874: "A coisa incerta será indicada, *pelo menos*, pelo gênero e qualidade"). Não há pensar-se em violação sem culpa senão nos casos em que se poderia negar a existência presente do gênero, ou da espécie. As obrigações de prestar parte indivisa ou a separar-se de alguma coisa certa não são obrigações genéricas, nem específicas.

A determinação da especificidade pode resultar das circunstâncias, como se A compra *x* fardos de pano à Fábrica B, pois que se há de entender

ter comprado pano fabricado por B. A obrigação de meios para aquisição (*Anschaffungsschuld*) não se confunde com as obrigações de adquirir certa coisa para o credor (*Beschaffungsschulden*): é obrigação genérica, e não específica. Se a mercadoria, que havia de ser comprada com os meios, não existe, ou não pode ser adquirida com êles, a responsabilidade, na falta de outra interpretação do negócio jurídico, é do devedor do meio para determinado fim (O. WERNEYER, *Kommentar*, I, 493); por isso mesmo que o objeto-fim é genérico (cf. P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 3.ª-4.ª ed., 123; K. COSACK, *Lehrbuch*, II, 6.ª ed., 422; G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 235; H. TITZE, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 93; sem razão, E. HEYMANN, *Das Verschulden beim Erfüllungsverzug*, 160).

10. IMPOSSIBILIDADES OBJETIVAS EXTERNAS. – No tocante às impossibilidades objetivas exteriores, já vimos que o art. 877 não as apanha. No *plano do conceito*, a prestação do genérico não pode ser impossível, se o próprio *genus* não desaparece; no *plano do adimplemento*, que sofre a atuação das determinações exteriores, não há incompatibilidade entre a prestação do genérico e a impossibilitação objetiva externa. *E. g.*, impossibilidade de transporte, revolução, guerra, dificuldade desproporcional.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 172. B – Doutrina

Para Pontes de Miranda, as violações culposas das obrigações, pretensões, ações e exceções, nas relações jurídicas de sujeitos passivos individuados são de três classes.

A primeira é a "impossibilidade superveniente da prestação com culpa do devedor" (§ 172, 4). Exemplifica sobre a obrigação de dar coisa certa, quando esta se perder por culpa do devedor (art. 865, 2, do CC/1916, correspondente ao art. 234 do CC/2002).

A segunda do "inadimplemento, com a figura da mora" e a terceira referente à "violação positiva da pretensão" (§ 172, 1).

Trata-se de questão jurídica atinente à responsabilidade do devedor nas "obrigações de dar", que não sofrem alterações a merecer destaque e, o Código Civil atual, de tais obrigações trata nos arts. 233 a 242 do CC/2002 (obrigações de dar coisa certa).

A respeito do "estado de necessidade" que vinha previsto no art. 160, II, do CC/1916, tem correspondência no art. 188, II, do CC/2002 com a seguinte re-

dação: "não constituem atos ilícitos: (...) II – a deterioração da coisa alheia, ou a lesão a pessoa a fim de remover perigo iminente".

Os arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 tratavam das obrigações por atos ilícitos do dono da coisa e tem correspondência nos arts. 929 e 930 do CC/2002. Os arts. 1.056 a 1.058 do CC/1916 tratavam das "consequências das inexecuções das obrigações" e tem correspondência nos arts. 389 a 392 do CC/2002.

O STJ já decidiu que "embora se declare que o ato praticado em estado de necessidade seja lícito, não libera quem o pratica de reparar o prejuízo que causou, podendo ajuizar ação regressiva posteriormente para se ressarcir das despesas efetuadas" (STJ, AgRg no AgIn 789.883/MG, 4.ª T., j. 15.05.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* 04.06.2007).

Na parte referente à "dificuldade extraordinária" cabe asseverar que o art. 478 do CC/2002, sem correspondência no Código Civil de 1916, dispõe que "nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de umas das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".

Referido dispositivo introduz no direito positivo a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas estão assim) inspirada no art. 1.467 do Código Civil italiano.

Referida cláusula tinha aplicação em nosso Direito anterior em virtude da doutrina e da criação pretoriana de nossos Tribunais. Já agora, vem consagrada no Código Civil vigente.

A teoria da imprevisão caracteriza-se "principalmente pela necessidade de modificação das prestações para salvar a utilidade contratual, e não pela extinção de obrigações, pois a parte que sofre o desequilíbrio do contrato deseja cumprir suas obrigações e não extingui-las, não conseguindo fazê-lo sem graves prejuízos em sua economia privada" (Regina Beatriz Tavares da Silva apud Fiúza, Ricardo. *Novo Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 424).

Pelo Enunciado 366 do CJF: "O fato extraordinário e imprevisível e causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação".

De outra parte, a doutrina aconselha que o "princípio da conservação dos negócios jurídicos" há de guiar a regra contida no art. 478 do CC/2002 e "conduzir sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual" (Enunciado CJF 176 da III Jornada de Direito Civil).

Todavia, não se pode olvidar que a possibilidade de resolução do contrato nessas circunstâncias é um mecanismo para evitar o enriquecimento sem causa que vem disciplinado nos arts. 884 a 886 do CC/2002.

A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479 do CC/2002), vindo o art. 480 do CC/2002 a completar: "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

Sobre a "pretensão primária" e a "pretensão secundária" referentes à indenização, cabe observar que o art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916 tem correspondência com os arts. 475 a 477 do CC/2002.

Em correspondência ao parágrafo único do art. 1.092 do CC/1916, o art. 475 do CC/2002 dispõe: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

Verifica-se que o novo legislador preferiu colocar o antigo parágrafo único do art. 1.092 do CC/1916 no capítulo referente à "extinção do contrato", reservando-se os arts. 476 e 477 do CC/2002 para tratar da "extinção de contrato não cumprido".

A doutrina considera "obrigações genéricas" aquelas em que as prestações, como objeto da dívida, aparecem de um modo genérico, isto é, pelo gênero a que pertencem, levando Serpa Lopes a exemplificar com uma tonelada de carvão mineral. "Objeto das obrigações genéricas são as coisas fungíveis, que se determinam pelo peso, número e medida" As "obrigações específicas" são aquelas "cujo objeto é certo, coisas infungíveis, assinalando-se no comércio por suas qualidades individuais e como coisas insubstituíveis" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 2, p. 63-64, n. 39).

Serpa Lopes adverte que "a distinção entre obrigações genéricas e específicas nem sempre corresponde à natureza objetiva das coisas, tal como a prática as considera, atento a que as partes podem indicar a mesma coisa, ora com o caráter de gênero, ora com o caráter específico" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 2, p. 63-64, n. 39).

O art. 877 do CC/1916 tem correspondência com o art. 246 do CC/2002.

§ 173. INADIMPLEMENTO SIMPLES OU VIOLAÇÃO NEGATIVA DA PRETENSÃO

1. Conceito de inadimplemento. – O inadimplemento consiste, de ordinário, em tornar o devedor impossível a prestação, ou em deixar, simplesmente, de prestar. Não se exaure, com isso, o conceito de ilícito relativo; porque o devedor pode violar o negócio jurídico sem tornar impossível a prestação, ou sem deixar de prestar, sendo possível (*e. g.*: o devedor remete a coisa defeituosa, ou animal doente, cuja doença se contagia ao rebanho; o mandatário afasta-se das instruções recebidas). Foram essas espécies que serviram à descoberta de H. Staub: a da violação *positiva* do

contrato, conceito a que temos de dar a extensão devida (violação positiva por ato ilícito negativo, violação positiva da relação jurídica).

Assim, a doutrina e, mais do que a doutrina, as legislações não percebiam que a impossibilidade subseqüente da prestação e a mora não exauriam as violações *culposas* dos direitos de crédito; ao lado daquelas duas classes de violações culposas, achava-se e acha-se outra, a que só neste século se deu atenção devida, isto é, em 1902, no célebre estudo de H. STAUB (Die positiven Vertragsverletzungen, *Festschrift für d.* XXVI *Deutschen Juristentag*, 29 s.). Delas temos de abstrair, ao tratarmos da violação negativa da relação jurídica pelo inadimplemento simples, após havermos tratado do inadimplemento qualificado ou inadimplemento pela impossibilidade culposa.

2. VIOLAÇÃO NEGATIVA. – Se o devedor não satisfaz a sua obrigação, a tempo, viola, por negação de prestar, a relação jurídica entre êle e o credor. Violaria também, negativamente, a relação jurídica, se deixasse de prestar por impossibilidade culposa, porém a alegação da impossibilitação já abre discussão sôbre a culpa, que o simples inadimplemento não comporta.

3. PRECISÃO DE CONCEITOS: VIOLAÇÃO NEGATIVA DE OBRIGAÇÃO NEGATIVA E DE OBRIGAÇÃO POSITIVA. – (a) O ato contrário a direito pode dar causa a nascimento de pretensão, ou de ação; e não só à indenização (pretensão e ação). Por exemplo: a ação para abstenção (Unterlassungsklage), pretensões e ações constitutivas extintivas (resolução, art. 1.092, parágrafo único; desquite). Não há, portanto, sòmente a violação negativa pelo inadimplemento, geradora do dever de reparar; há a violação pelo inadimplemento da prestação negativa. Não se confunde com a violação positiva, nem com o inadimplemento da prestação positiva. Fazer o que não se devia fazer não é prestar, é negar-se a prestar. Também não se devem confundir a ação, oriunda da violação da relação jurídica, e a pretensão à tutela jurídica, estatal ou de mão própria, que pertence a plano *acima* do direito que regra a *res deducta*. (Confunde-as, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 121).

(b) As violações negativas podem ser de obrigações contratuais, e é o que mais acontece; há, contudo, violações de outras relações jurídicas, como a de gestão de negócios (ato jurídico *stricto sensu*), da posse da coisa alheia emprestada, e muitas outras. Podem ser por omissões, ou por atos, conforme a prestação é positiva (*e. g.*, entregar coisa, fazer), ou negativa

(*e. g.*, não fazer). Ao abster-se, quando é conteúdo da promessa, corresponde a violação, negativa, do ato positivo; ao ato positivo, quando é conteúdo da promessa, a violação, negativa, da abstenção. Se se prometeu a abstenção, a prática do ato é ilícito relativo; se se prometeu o ato, é ilícito relativo a abstenção.

(c) No caso da violação negativa da obrigação, haja, ou não, insolvência, a obrigação não muda de conteúdo prestacional: a prestação primária continua, e o que se passa é que se marcha para a satisfação por outros meios; o devedor em mora pode purgar a mora, oferecendo prestação primária *mais* a importância dos prejuízos decorrentes desde o dia da oferta (art. 959, I).

4. VIOLAÇÃO NEGATIVA DO DEVER DE OMISSÃO. – Se a obrigação é negativa, o devedor tem de não fazer, de abster-se, de não praticar o ato, porque é a omissão o que se deve ao credor. Se ocorre a prática do ato, infringe-se a relação jurídica. Queria H. STAUB incluir tal violação na classe das violações positivas do crédito, mas confundiria, assim, violação positiva do crédito e violação negativa por ato positivo. Discutiu-se como se haveria de resolver a situação, se pela invocação dos princípios concernentes à impossibilidade da prestação (raciocinava-se como se, praticando o ato cuja omissão se devia, o devedor impossibilita a prestação, portanto incidindo o art. 866, alínea 2.ª, ou o art. 867, ou o art. 879, 2.ª parte, ou o art. 883, ou o art. 886 ou o art. 887, cf. H. LEHMANN, Die positiven Vertragsverletzungen, *Archiv für die civilistische Praxis*, 96, 73 s., e A. ROGOWSKI, *Schadensersatz-Anspruch*, 104, 303 s.), ou pelos princípios da violação positiva do crédito (H. STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen, 2.ª ed., 6 s.).

5. O ART. 961 DO CÓDIGO CIVIL. – O art. 961 considera em mora o devedor que pratica o ato de que se devera abster. O art. 883 dá ao credor a pretensão ao desfazimento do ato (se é desfazível) ou à indenização se o desfaz por si, em execução da cominação. Se o ato não é desfazível, o art. 883 não incide. Pergunta-se: se o devedor da omissão pratica o ato, ¿cabe a ação de resolução do contrato bilateral com perdas e danos? A resposta é afirmativa. O art. 1.092, parágrafo único, dá em tôdas as espécies de inadimplemento o direito de resolução. O credor pode, em qualquer crédito de omissão, pedir a indenização pela violação negativa por ato positivo, ou, se é bilateral o contrato, a resolução, ou apenas negar-se

a contraprestar, pois que pode opor que o outro constituinte já violou o dever. Se o adimplemento sòmente foi violado em parte, tudo depende de se ter, ou não, de tratar a violação parcial (em tempo, ou em quantidade, ou qualidade) como total. O interêsse do credor é que serve de dado totalizante. Se a violação parcial implica violação total, surge a alternativa entre pedir a indenização por inadimplemento total ou a resolução, com perdas e danos. No caso de ser desfazível o ato, incide o art. 883, sem que se exclua a alternativa de que falamos. O credor pode, então, exigir o desfazimento com a cominação do art. 883, *ou* a indenização por inadimplemento total, *ou* a resolução.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 173. A – Legislação

O art. 959, I, do CC/1916 tem correspondência no art. 401, I, do CC/2002 com a seguinte redação: "Purga-se a mora: I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta". Verifica-se a identidade da redação entre os dois dispositivos.

O art. 961 do CC/1916 corresponde ao art. 390 do CC/2002, com a seguinte redação: "Nas obrigações negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster".

Nota-se uma única diferença entre os dispositivos. Enquanto o art. 961 do CC/1916 emprega a expressão "devedor em mora", o Código atual prefere dizer devedor "inadimplente" (art. 390 do CC/2002).

Em doutrina, "mora" e "inadimplemento" não se confundem. No caso da "mora" existe o retardamento no cumprimento da obrigação, enquanto no inadimplemento a obrigação é descumprida.

Apenas em alguns casos concretos os efeitos de ambos podem permanecer atrelados.

Interessante destacar que o art. 250 do CC/2002 (correspondente ao art. 882 do CC/1916) dispõe que "extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato que se obrigou a não praticar", enquanto o *caput* do art. 251 do CC/2002 (correspondente ao art. 883 do CC/1916) reza que, uma vez praticado o ato pelo devedor, "a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos". Traz o parágrafo único do art. 251 do CC/2002 a disposição de que: "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".

§ 174. VIOLAÇÃO POSITIVA POR ATO ILÍCITO RELATIVO (ADIMPLEMENTO RUIM E QUEBRA DA PROMESSA)

1. As duas espécies de violação. – A violação da relação jurídica por ato ilícito relativo não provém sòmente do não-adimplemento. Não cumprindo a obrigação "pelo modo" devido (art. 1.056), responde o devedor por perdas e danos. Há a violação negativa e a violação positiva: paga, porém mal, causando dano à pessoa, ou ao seu patrimônio, como se tem de pagar a quem vai viajar, ao cais, alta quantia, e o faz em notas de um ou dois cruzeiros, ou se paga à porta do banco A, como se estipulara, mas no momento exatamente em que se fechava a porta, ou se, tendo de pagar um milhão de cruzeiros, pretende que se recebam dólares, ainda que, fàcilmente, dêem aquêle preço, ou mais. Aqui, nem está em exame a impossibilidade superveniente da prestação, nem o atraso em ser feita: o adimplemento foi defeituoso, ou, melhor, ruim, inclusive se, em se tratando de prestações sucessivas, quando o credor delas precisava, pelo negócio jurídico, ou pelo ato jurídico *stricto sensu*, "em globo", pôsto que "sucessivamente" (os alugueres para pagar juros de hipoteca do prédio), o devedor deixa de entregar uma delas; o devedor falha à permanência na cooperação e assim exclui a confiança, ou quebra a continuidade mesma do interêsse (H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.ª ed., 50 s.). Pretendeu H. Staub criar outra classe de violação, que seria aquela da comunicação do devedor, prévia, de que se recusa ao adimplemento (= comunicação de que não adimplira; portanto, comunicação de ato futuro). Contra isso argüiu-se: se o devedor, de antemão, manifesta a vontade (irrelevante!) de não adimplir, ou se exterioriza, ainda que comunique, o conhecimento do fato próprio negativo futuro (não adimplira), apenas põe em perigo, ou mostra ter pôsto em perigo a execução do que lhe incumbe; ainda não violou a relação jurídica, – ameaçou-a apenas. É verdade que o art. 1.092, alínea 2.ª, sòmente cogita da caução se há diminuição do patrimônio do devedor; mas a prévia recusa é causa suficiente de resolução, fundando-se em argumento ao art. 1.092, parágrafo único, ou da caução, fundando-se em argumento ao art. 1.092, 2.ª alínea. Bastaria, aliás, à ação cominatória (Código de Processo Civil, art. 302, XII).

Deve-se a E. Zitelmann (Nichterfüllung und Schlechtererfüllung, *Festgabe für* P. Krüger, 265 s.) a expressão "adimplemento ruim", que é melhor do que adimplemento defeituoso, porém menos abrangente do que "violação positiva do contrato". Por outro lado, H. Staub (*Die positiven Vertragsverletzungen*, em 1902, 29-56, e em 1904, 1 s.) falava de "violação

positiva do contrato", mas há outros créditos e obrigações que podem ser violados positivamente, sem pertencerem ao direito das obrigações, ou, *a fortiori*, à classe das obrigações oriundas de contrato.

2. QUANDO A VIOLAÇÃO É POSITIVA. – A violação positiva ocorre quando o adimplemento é defeituoso; é preciso, portanto, que haja, no suporte fáctico do ato ilícito relativo, o *adimplemento* e o *defeito*, ou a prévia exclusão de adimplemento em conseqüência da reparação. A execução há de ser *conforme* (art. 1.056: "Não cumprindo a obrigação, *ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos*, responde o devedor por perdas e danos"). Não só da violação negativa como da impossibilidade culposa se distingue a violação positiva; também se distingue do ato ou omissão que ofende a esfera jurídica do credor, sem ser violação da relação jurídica entre credor e devedor, ainda quando se ache em relação exterior de tempo ou de lugar, ou de lugar e tempo (*e. g.*, o empregado que faz a limpeza do escritório furta a carteira de cédulas ou outro objeto). Aí há ato ilícito absoluto.

3. VIOLAÇÃO POSITIVA E VIOLAÇÃO NEGATIVA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. – A violação da obrigação de não fazer não é violação positiva, se bem que se haja operado por ato positivo. Por exemplo: alguém que se obrigou a não tocar piano, entre meio-dia e dezesseis horas, toca-o (O. WENDT, *Unterlassungen und Versäumnisse*, 65), viola negativamente a obrigação; idem, se permite que alguém toque flauta, que antes não se tocava, ou se o obrigado mesmo o faz. Torna-se, assim, sem alcance a discussão sôbre se a obrigação era de *qualquer* pessoa não tocar *qualquer* coisa, embora só se falasse do obrigado e de piano; ou se houve, realmente, abstenção, com violação positiva do contrato (contra, O. WENDT, *Unterlassugen und Versäumnisse*, 65; R. TREITEL, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 16; cp. E. PAASCHE, *Unmöglichkeit der Leistung und Verzug*, 22; F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 12; HEINRICH ANTON, *Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht?*, 5).

4. REPARAÇÃO. – No direito comum, R. VON JHERING (Culpa in contrahendo, *Jahrbücher für die Dogmatik*, IV, 52) fundava a reparação na culpa; FR. MOMMSEN (*Die Unmöglichkeit der Leistung*, 109), no dolo, tropeçando em casos em que se não exigia êsse elemento; H. DERNBURG (*Pandekten*, II, 4.ª ed., 28), na *culpa levis*; A. KOEPPEN (Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, *Jahrbücher*, 11, 283 s.) voltou a pensar em fun-

damento contratual, de que MOMMSEN e H. DERNBURG se haviam livrado, mas afastava o pressuposto necessário da culpa, devido a tratar-se de segurança do tráfico; O. BÄHR (Über Irrungen im Kontrahiren, *Jahrbücher*, VI, 286 s.) pretendeu resolver o problema com a teoria da declaração; B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, II 1.ª ed., § 307) e F. REGELSBERGER (*Erörterungen*, 33) aludiam a contrato tácito de garantia, construção que êles-mesmos, depois, repeliram. O problema apresentou-se como tendo de ser resolvido fora da teoria da vontade e fora da exigência da culpa. Finalmente, assentou-se: que não se trata de efeito do negócio jurídico, portanto não há pensar-se em infração *in contrahendo*; que a *culpa* não é requisito necessário; que a culpa do outro figurante pré-exclui o direito à reparação; que a reparação é só do interêsse negativo. São espécies mais freqüentes: a responsabilidade pelo dano causado pelo ato não-sério (oferta ou aceitação pilhérica, promessa pilhérica de recompensa, título cambiário para ensino, R. VON JHERING, IV, 74, O. BÄHR, 14, 412), pela nulidade por impossibilidade já existente da prestação, e por êrro, inclusive inexata transmissão da manifestação de vontade (FRANZ LILIE, *Schadenersatz bei unwirksamen Verträgen*, 34 s.)

A opinião que pretendia submeter às regras jurídicas sôbre impossibilidade superveniente da prestação a violação positiva do contrato (*e. g.*, F. KLEINEIDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, 85 s. e 155 s.; H. TITZE, *Unmöglichkeit der Leistung*, 31, 43 e 255 s.) foi afastada. Bem assim a que baseava a reparação no ato ilícito absoluto. A violação positiva do contrato tanto é violação quanto a negativa; tôda violação positiva de obrigação é espécie, como a negativa, do gênero violação de obrigação. As conseqüências são as mesmas: mora, indenização, resolução, tanto mais quanto, respeito à resolução por inadimplemento, o Código Civil formulou princípios amplos que se afastaram da casuística da doutrina e de outros sistemas jurídicos. O que se tem de saber é, *in casu*, qual seria a conseqüência da violação negativa da obrigação (cp. W. LUTZ, *Zur Frage der positiven Vertragsverletzungen*, 96 s.)

Panorama atual pelo Atualizador

§ 174. A – Legislação

O art. 1.056 do CC/1916 tem correspondência no art. 389 do CC/2002 com a seguinte redação: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e

danos mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado".

O art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916 tem correspondência no art. 475 do CC/2002.

§ 174. B – Doutrina

A doutrina sempre entendeu que o inadimplemento da obrigação, uma vez que o devedor está obrigado a cumprir a prestação assumida, rigorosamente no tempo e no modo devidos, pode ser absoluto ou simples mora, "sendo que o primeiro subdividido em duas categorias: inadimplemento absoluto total e o parcial". "Dá-se o inadimplemento absoluto, quando a obrigação deixou de ser realizada, tornando-se inviável o seu cumprimento, dada a superveniência da impossibilidade absoluta da prestação, resultante de culpa do devedor; ele é total quando compreende a prestação em sua integralidade; parcial, quando a prestação só em parte se efetuar. No segundo modo, dá-se a mora" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 334, n. 308).

§ 174. C – Jurisprudência

"Nos termos do art. 389 do CC/2002 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/1916), na responsabilidade contratual para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova do descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes do trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho" (STJ REsp 1.248.760/MG, 3.ª T., j. 13.09.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23.09.2001).

"É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual '(a) parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos'.

Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: '31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R$ 10.500,44 de valor residual garantido'. O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.

Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título" (STJ, REsp 1.051.270/RS, 4.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 05.09.2011).

§ 175. CONCEITO DE CULPA

1. ELEMENTO FÁCTICO DA CULPA. – A culpa é inconfundível com a contrariedade a direito. Opera, no suporte fáctico, como *plus*. Culpa tem quem atua, positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano, ou infração. Há, no conceito, implícita, a reprovação, pôsto que haja culpa de atos não reprováveis e, até, de atos dignos de louvor. O herói é culpado que se há de louvar; o assassino, culpado, a que se hão de lançar tôdas as reprovações. No direito, porém, o conceito de culpa é limitado à causação, no plano psíquico, de atos, positivos ou negativos, reprováveis. Êsse é, aliás, o étimo, em sua alusão a fato e a sofrimento: *culpa*, colpa (latim antigo), de *cudere*, bater, mas, como êsse, de *causa*, *cadere*, cair. Na linguagem jurídica, diz-se, por vêzes, que A teve culpa em perder o direito (A tinha de praticar algum ato para o conservar, ou praticar ato que acarretara a perda). Nem sempre, porém, há ilícito nesse ato, negativo ou positivo, porque nem sempre há o elemento da contrariedade a direito. Sem contrariedade a direito não há ilicitude. Se não exerço a ação de anulação, ou de rescisão, e o prazo prescricional se escoa, não pratiquei ato contrário a direito: abri mão de ação, nascendo a outrem a exceção de prescrição, ou a alegação de preclusão. O pai, que é suspenso do pátrio poder, êsse, por sua culpa e por ter contrariado a direito, sofre a eficácia da sentença do juiz (art. 394). Não há nenhum inconveniente em se empregar a expressão "culpa" para aquêle que sofreu a conseqüência do ato, ou omissão: há culpa, e pode haver ou não haver, na espécie, contrariedade a direito. Aí, bem se vê que os elementos culpa e contrariedade a direito, que algumas vêzes são necessários, juntamente, nos suportes fácticos (art. 159), nem sempre aparecem juntos. Se certa conduta é necessária à aquisição, à conservação, ou ao exercício de direito, culpa há, se o interessado a omite; porém não

há contrariedade a direito. Não é o que acontece ao segurado que não comunica ao segurador todo acidente que de qualquer modo possa agravar o risco (art. 1.455), porque aí há ilícito relativo; mas é o que se verifica, se o segurado não comunica, logo que o saiba, ao segurador, o sinistro (art. 1.457). Nenhuma conseqüência, para o que tem culpa, ou não na tem, mas deixa de comunicar (causa), resulta, quanto a dever de reparar o dano, de tais atos ou omissões: apenas, o que deixou de fazer, ou de não fazer, deixa também de adquirir o direito de conservá-lo, ou de o poder exercer, ou o perde. Às vêzes, há contrariedade a direito, e então há ilícito, de ordinário ilícito caducificante (*e. g.*, art. 395), e não simples "preceito no próprio interêsse" (expressões de G. PLANCK – H. SIBER, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 27: "Gebot des eigenen Interesses"). Nesse, não há infração de "dever".

Algumas conseqüências se produzem, com o ato ou omissão, tratando-se de regra jurídica do interêsse do agente (e não para o cercear, no interêsse de outrem), sem que se leve em conta o não ter sido querido, ou, sequer, poder ter sido praticável o que se exigia para que elas não se produzissem. É o que acontece aos prazos de preclusão. Outras vêzes, a conseqüência só se produz se há culpa: a *culpa contra si-mesmo*, que é paralela à *culpa contra outrem*, – tão paralela que ocorre, se, tratando-se de interêsses alheios, também ocorreria.

Não raro, a lei refere-se ao grau de culpa: o dono do animal ofensor não tem o dever de indenizar se houve "imprudência" do ofendido (art. 1.527, III); mas, a respeito do proprietário, que perde o direito de trânsito pelo prédio contíguo, só se alude à "culpa" (art. 561). Na Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 2.º, prevê-se a concorrência das culpas em matéria de responsabilidade das estradas de ferro, pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que recebem para transportar.

2. CAUSA E CULPA. – Na mentalidade primitiva, tudo tem o seu criador, o causador, o que fêz cair (casus, causa, culpa). Só posteriormente se baixou à psique humana, em seus processos interiores, para se apurar a *culpa* de cada um, a respeito de cada caso. O tratarem-se diferentemente o causador culpado e o causador não culpado já atendeu a sutileza psicológica, a que não chegara o direito primitivo. As sociedades mais desenvolvidas criaram tipos de homens em que a conduta seria padrão; por êsse padrão haviam-se de julgar os homens concretos. A negligência é o desvio em relação ao tipo normal, abstrato, que se procurou definir em têrmos de referência a homens concretos; o dolo, o desvio maior.

3. CULPA E LIBERDADE. – Quanto ao determinismo, os sistemas jurídicos, por isso que tratam com causas que se inserem na determinação social e se destinam a realizar adaptação, não podem deixar de admitir que cada um, nas circunstâncias ordinárias, seja livre. É de liberdade *interior* ao processo de adaptação, socialmente criado, que se trata, e não de liberdade *fora* dêsse processo (isto é, no plano biológico ou físico). Não se precisa afirmar a liberdade, *fora* (K. BINDING, *Die Normem und ihre übertretung*, II, 224 s.; J. KOHLER, *Moderne Rechtsprobleme*, 19), para que se parta da liberdade, *dentro do sistema*. Seria absurdo dirigir-se o sistema jurídico a sêres pensantes, com regras (jurídicas), sem se admitir que êles possam ou não possam infringi-las e sem se criarem sanções às infrações. A mentalidade humana ascendera à idéia de *causa*, com êrros inevitáveis e corrigendas milenares; sòmente após longa evolução cultural chegou à concepção do determinismo universal e da liberdade, *dentro* dos sistemas sociais, abstraindo-se de todos os antecedentes que não se reputam próprios do indivíduo e negando-se a liberdade onde êsses antecedentes estranhos atuam *quase* só por si.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 175. A – Legislação

O art. 1.455 do CC/1916 tem correspondência no art. 769 do CC/2002, enquanto o art. 1.457 do CC/1916 corresponde ao art. 771, *caput*, do CC/2002.

§ 175. B – Doutrina

A ideia de culpa não pode se afastar do seu aspecto moral, porquanto decorre "de um princípio comum, tanto à moral como ao direito: a ninguém é dado prejudicar injustamente o seu próximo" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 2, p. 337, n. 313).

Eis porque "direito e obrigação são duas faces de um mesmo fato jurídico: de um lado, aptidão para o sujeito ativo, de outro, ônus para o sujeito passivo. Esse direito ou surge da lei ou do contrato. De qualquer modo, porém, do lado passivo, há uma obrigação de deixá-lo íntegro, de o não vulnerar, ou ainda de realizar aquele fato condizente com o elemento ativo, isto é, o dever do sujeito passivo, mas diretamente ligado a uma obrigação, não só de abster-se de violar o direito, como ainda de realizar o ato ou fato a que contratualmente se obrigou". A violação consciente de "tais deveres importa na culpa, ideia que na atualidade, representa

consequência de longa evolução" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 2, p. 337, n. 313).

Em suma, na culpa ocorre sempre violação de um dever preexistente.

Na culpa existe a violação ou inobservância de uma regra de conduta que produz lesão do direito alheio. É o elemento subjetivo da infração cometida.

§ 175. C – Jurisprudência

Da mesma forma que a ideia de culpa na atualidade, encontra-se em plena evolução. o mesmo ocorre com a jurisprudência ao enfrentar o exame das várias espécies de culpa, especialmente, a partir da introdução do dano moral indenizável em nosso direito positivo.

§ 176. ESPÉCIES DE CULPA

1. "DOLUS" E "CULPA". – A dicotomia mais importante é entre *dolus* e *culpa*. No latim e no grego, o étimo de *dolus* refere-se a ardil, astúcia, malícia, engano, tal como é o sentido do direito romano. Talvez alusão a isca, ou engodo para caçar, ou pescar, a pau de ponta. A reprovabilidade moral não era essencial ao conceito; provou-o A. PERNICE (*Labeo*, II, *1*, 2.ª ed., 136), com os cômicos. Persistiu o sentido no direito, o que bem se revela na expressão *dolus malus*. De modo que não era só a maldade que era dolo ("sciens dolo maio", está na fórmula; cf. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 316s.). O conceito restringiu-se quando se fêz dolo o contrário de boa fé (*bona fides*). Já não é só a violação das leis, ou dos direitos subjetivos, mas todo procedimento que contrarie o princípio de confiança nos outros. A expressão *dolus generalis* corresponde a êsse sentido, que começara a aparecer nos tempos republicanos e se acentuou nos tempos clássicos. Tal evolução se observou, depois, em todo o direito civil.

Culpa, que, na linguagem dos leigos, se empregava no sentido de causação objetiva, fêz-se, na linguagem jurídica, o determinar com inserção subjetiva. Nova restrição de sentido. Daí, em sentido mais amplo, também abranger o dolo (cf. CÍCERO, *De legibus*, 3, 4, 11, e muitos exemplos em A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 2.ª ed., 8, nota 5). Êsse foi, por certo, anterior. Depois de "qui casu", em "qui casu commiserit" das XII Tábuas, GAIO intercalou "ed est neglegentia" (L. 9, D., *de incendio ruina naufragio rate nave expurgnata*, 47, 9), o que mostra, já então, ser mais estrito o sentido.

2. DIREITO PRIVADO E DIREITO PENAL. – A distinção entre dolo e culpa perde muito, em direito privado, da importância que tem em direito penal. O art. 159 faz reparável o dano, qualquer que seja a culpa: "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência". Em todo o caso, às vêzes o direito civil só se refere ao dolo (art. 1.057, alínea 1.ª: "Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquêle a quem não favoreça"; cf. arts. 1.060, 1.015, I).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 176. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 tem correspondência com o art. 186 do CC/2002; o art. 1.057 do CC/1916 corresponde ao art. 392 do CC/2002; o art. 1.060 do CC/1916 corresponde ao art. 403 do CC/2002; e o art. 1.015, I, do CC/1916 corresponde ao art. 373, I, do CC/2002.

§ 176. B – Doutrina

A doutrina está conforme em reconhecer como mais importante a dicotomia entre dolo e culpa, com as diferentes implicações de um ou de outra nas relações jurídicas.

§ 176. C – Jurisprudência

A preocupação da jurisprudência segue a doutrina sobre a distinção entre dolo e culpa.

§ 177. CONCEITO DE DOLO

1. DOLO COMO ELEMENTO FÁCTICO. – Dolo é a direção da vontade para contrariar a direito. No suporte fáctico, estão o ato, positivo ou negativo, a contrariedade a direito, e a direção da vontade que liga aquêle a essa. Não só o agente atua e contraria a direito: quer que o ato contrarie a direito; ou quer contrariar a direito, e atua para isso. Sabe que o ato (ou omissão) contraria a sua promessa, viola o direito, a pretensão, a ação ou exceção do

seu credor, e pratica-o para contrariar a direito. A lei veda-lhe algum ato, ou omissão, e quer violá-la, praticando-o, ou omitindo. Não é preciso que o agente queira as conseqüências do ato, ainda que sejam próprias dêsse. Nem que as preveja. Basta querer o ato contrário a direito.

Quando se trata de ato imoral, e não de ato contrário a direito, a contrariedade à moral não basta. É êsse um ponto em que se há de prestar a máxima atenção. O direito não recebe o ato imoral como ato contrário a direito; se o recebesse, não precisaria do conceito de ato imoral. Alude a êle, que está noutro plano; não o traz ao mundo jurídico. Daí ser preciso que, além de imoral o ato, o agente haja querido o dano; o agente não tem de reparar o dano, quando se exige dolo, se sabia imoral o ato, porém ignorava as conseqüências danosas do seu ato, ou omissão (R. WEYL, *System der Verschuldensbegriffe*, 400). Isso mostra e atende a que o conceito de imoral continua conceito ético; e o plano jurídico vê o ato imoral e prove às suas conseqüências, no plano jurídico.

2. PREVISÃO E VONTADE, DISTINÇÃO NECESSÁRIA. – A discussão penalística sôbre ser preciso que o agente *queira* a conseqüência contra direito, ou sòmente o *haja previsto*, – com as duas teorias, a *teoria da vontade* e a *teoria da representação*, – refletiu-se no direito privado: respectivamente, G. PLANCK (*Kommentar*, II, 1, 4.ª ed., 218), K. BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, II, 2.ª ed., 323 e 391, R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 69 s.); contra, F. VON LISZT (*Die Deliktsobligationen*, 54 s.), E. ZITELMANN (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, 150; J. KOHLER, *Lehrbuch*, II, 30; R. WEYL, *System der Verschuldensbegriffe*, 375 s.). A teoria da representação apagaria a distinção entre dolo e culpa consciente (R. VON HIPPEL, *Die Grenze*, 64 s.). Se o agente representou e quis, claro que dolosamente atuou, e as duas teorias estão de acôrdo: o agente quis, e considerou o seu ato como causador da contrariedade a direito, ou vice-versa; de qualquer modo, contrariou a direito, ligando ato e contrariedade (resultado). Se o agente sòmente quis a contrariedade a direito, porque era indispensável isso para conseguir o seu desejo, o que se passou, no seu íntimo, quanto a querer o fim, sofrendo ter de sacrificar o que serve de meio, não importa: querer, com reserva mental, é querer, jurìdicamente, sem ela; a reserva mental, embora inoperante, foi representação aliada à vontade. As duas teorias não discrepam em terem o ato como doloso.

Fora dessas duas espécies (*dolus directus*), há o *dolus eventualis*. O agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível (não certamente) de pro-

duzir *outra* contrariedade a direito que aquela que êle deseja, *a*) Então, a teoria da vontade exclui o dolo se encontra contrariedade que não foi querida, mas afirma a existência dêle se o agente fôra *indiferente* a que se produzisse ou não: pois, aí, querer *a* certo e não querer ou não-não-querer *b* incerto = querer *a* + *b* ou a + não-*b*; portanto, querer. Se havia maior probabilidade de que a *outra* contrariedade a direito não se produzisse, ou se havia esperança de evitá-la e se empregaram esforços para isso, só há negligência consciente (culpa consciente, *luxuria*); não há dolo. Já R. VON HIPPEL (*Vergleichende Darstellung*, III, 503 s.) frisara que o *dolus eventualis* só se dá se, produzindo-se a *outra* contrariedade a direito, ou a única, junto ao resultado desejado, sendo aquela possível, era preferível para o agente que ela se produzisse a ter de renunciar ao que desejava. A negligência é consciente quando o crer-se em que a contrariedade a direito não se produziria foi decisivo para que se praticasse o ato: contrariou, errando, pois confiava no que não merecia confiança. O *dolus eventualis* distingue-se da *luxuria* em que, no dolo eventual, se o agente houvesse tido certeza do resultado, nem por isso deixaria de atuar, ao passo que, na negligência consciente (*luxuria*), se houvesse tido essa certeza, teria deixado de atuar (fórmula do penalista R. FRANK). *b*) A teoria da representação não vai até a vontade; por isso, entende que não há distinguir: a representação sôbre nexo causal é a mesma, uma vez que há possibilidade de se produzir a conseqüência.

3. LIGAÇÃO DO ATO À CONTRARIEDADE A DIREITO; ÊRRO DE DIREITO E DOLO. – O que é preciso para o dolo é que a direção da vontade ligue o ato à contrariedade a direito. Essa ligação se dá se, conhecendo a ligação, o agente hão tomou providências que a excluiriam, a seu entender. Assim, se conhecendo o perigo e crendo-o pouco provável, ou afastando-o pelo que tomou de medidas preventivas, *teria* deixado de praticar o ato, se melhor informado estivesse, não há dolo; há negligência. Por isso mesmo que é de mister a ligação do ato à contrariedade a direito, não se pode cogitar de dolo se o agente ignorava a contrariedade a direito: não há ligar o ato a algo que se ignora. O que não conhece a sua obrigação não falta a ela dolosamente. Porém conhecer e ter certeza aí não se eqüivalem; *e. g.*, se A, ao começar a litispendência, destrói a coisa, dolosamente o fêz; se A, que vai deixar de pagar a B e sabe que B terá a ação do art. 1.092, parágrafo único (de resolução do contrato bilateral), destrói, danifica ou aliena o objeto da prestação, dolosamente viola o contrato; se A, pendente condição, torna impossível o direito expectativo de B, atua com dolo. Não atua com dolo o que atua crendo fazê-lo em estado de necessidade, ou de legítima defesa. O

êrro de direito é negligência; não é dolo: o êrro de direito pré-exclui tratar-se de dolo, embora não pré-exclua tratar-se de êrro anulativo (arts. 86-91). Trata-se, porém, da ignorância da regra jurídica e não das conseqüências da infração dela. Aí, há contrariedade a direito, mas a ligação do ato a ela não se pode dar porque se ignora o direito e, pois, a contrariedade a êle. Tem-se de ter como conhecidas tôdas as regras de direito; algumas não podem ser desconhecidas sem dolo, como as de usura (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30-34.ª ed.); outras não se hão de ignorar, porque são de trato freqüente, e é difícil provar que não houve dolo no infringi-las; outras, ainda, são de rara incidência e quase todos, ainda os juristas, pôsto que não se escusem com o ignorá-las, nem por isso, ignorando-as, incidem em dolo, se as infringem.

(Aqui é da máxima importância atender-se a que a *contrariedade a direito*, elemento do suporte fáctico, existe, quer a pessoa ignore, quer não, a regra jurídica, porque a incidência das regras jurídicas se opera em determinação absoluta, infalível portanto. O *dolo* é que se não produz se se ignorava a lei que só por dolo se ignoraria. Se a figura não exige o elemento dolo e lhe basta a negligência, então o suporte fáctico está completo: a contrariedade a direito houve; e culpa. Ainda que se não haja composto o dolo.)

No direito penal, a ignorância e a errada compreensão da lei não eximem da pena (Código Penal, art. 16). Foram repelidas as atitudes contrárias: a do Código Penal letão de 1933, art. 41, que não distinguiu o êrro de direito e o de fato, escusáveis, para a exclusão da pena; a do Código Penal suíço de 1937, art. 20, que permitiu ao juiz diminuir, ou deixar de aplicar a pena, se o agente tinha razões suficientes para crer lícita a sua conduta; a do Código Penal norueguês de 1902, § 57, que lhe facultou reduzir, substituir por outra, ou absolver. Porém, no art. 48, III, o Código Penal atribui ao êrro de direito, se escusável, atenuação da pena. No mais, não se anui na distinção entre lei penal e lei não-penal; mesmo porque, se alguma regra jurídica não-penal dá o conceito, ou a eficácia, a que lei penal alude, fazendo pressuposto seu, ou elemento do seu suporte fáctico, ao fato jurídico, à relação jurídica, ou ao efeito, ou conseqüência da infração, essa regra jurídica se integra na regra jurídica penal. O êrro de direito não se leva em conta na teoria do êrro causa da anulabilidade (arts. 86-91).

4. CONSCIÊNCIA DA CONTRARIEDADE A DIREITO. – O dolo contém em si a consciência da contrariedade a direito. Não no há se o agente ignora

os fatos de que resulta a contrariedade a direito. O que ignora que seja devedor não pode infringir, dolosamente, a obrigação contratual, ou oriunda de negócio jurídico unilateral. Se A causa dano ao animal pertencente a B, crendo-o seu, ou manda desfazer o colar de brilhantes, que cria ser seu, e o desvaloriza, A não comete dolo. Não exclui o dolo o *motivo* do ato, nem o *fim* que teve em vista o agente, nem o *interêsse maior*, moral, política, ou econômicamente, que levou ao ato. Às vêzes, porém, a lei faz *relevante* o motivo (*e. g.*, art. 317, IV)

Tão-pouco exclui o dolo a ameaça contrária a direito. A propósito de atos ilícitos como de atos lícitos, rege o princípio *Coactus voluit*: o que quis, sob ameaça, quis, como os outros; apenas, a respeito de atos jurídicos lícitos, principalmente negócios jurídicos, se permite ao agente a ação para a desconstituição, dita ação de anulação pela coação. Se A matou a C, porque B o ameaçou de morte, se não matasse a C, A escolheu entre a morte de C e a sua; portanto, quis, embora coactamente. O estado de necessidade, a respeito de coisa alheia, é pré-excluente da contrariedade a direito (art. 160, II), mas a técnica jurídica teve, a despeito disso, de criar, aí, obrigação de reparar.

A obrigação há de ser cumprida "pelo modo" que se lhe previu, em regra jurídica cogente, ou dispositiva, ou em virtude de manifestação de vontade, inclusive se cabe invocar-se regra interpretativa.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 177. A – Legislação

O art. 1.092 do CC/1916 tem correspondência específica nos arts. 475, 476 e 477 do CC/2002. Os arts. 86 a 91 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 138 a 142 do CC/2002, ao tratarem do erro ou ignorância. Os arts. 143 e 144 do CC/2002 não possuem correspondência no Código revogado.

§ 177. B – Doutrina

O dolo possui raiz moral e jurídica. O conceito jurídico, para definição do dolo, seu conteúdo essencial é ministrado pela Moral, isto é, "pelas convicções de moralidade vigentes em um dado lugar e em um dado tempo" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 2, p. 335, n. 310).

Os juristas preocupam-se "na análise profunda sobre o elemento da gravidade do ato, e assim duas correntes opostas surgem ao conceituar o dolo: a primeira, sustenta para integração do ato doloso, ser necessário que o agente haja conhecido e querido os efeitos danosos produzidos por esse ato; uma segunda corrente alargando o conceito, pretende que o dolo se caracteriza tão só havendo, da parte do agente a consciência apenas do ato mau por ele perpetrado, ainda se lhe conhecer os efeitos" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 2, p. 335, n. 310).

Para Pontes de Miranda, o elemento essencial do dolo é a contrariedade ao direito. Em suma, a lei veda ao agente algum ato, ou omissão, e quer violá-la, praticando-o, ou omitindo. "Não é preciso que o agente queira as consequências do ato, ainda que sejam próprias desse. Nem que as preveja. Basta querer o ato contrário a direito" (§ 177, 1).

É "feita distinção entre o 'dolo direto' e o 'dolo indireto'. No 'dolo direto', o resultado no mundo exterior corresponde perfeitamente à intenção e vontade do agente". O "dolo indireto" desdobra-se em "dois aspectos, alternativo e eventual; alternativo quando o agente quer um ou mais dos resultados possíveis de sua ação; eventual, quando ele prevê o resultado como possível e o admite como consequência de sua conduta, embora não queira propriamente atingi-lo" (BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Parte geral.* 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. I, p. 199).

Tais distinções têm aplicação direta na esfera penal.

O dolo na esfera civil aparece quando intervenha na concretização de um ato jurídico para viciar o assentimento ou vontade do agente.

É intima a ligação entre o erro de direito e o dolo. "Num e noutro caso a vítima é iludida, com a diferença de que, no erro, ela se engana sozinha, enquanto no dolo, ela se equivoca também, mas ilaqueada pela outra parte" (BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso*... cit., vol. I, p. 201).

§ 178. GRAUS DE NEGLIGÊNCIA

1. CUIDADO E NEGLIGÊNCIA. – Na *negligência* pura, o agente praticou o ato, ou omissão, sem querer o resultado contrário a direito: faltou, da sua parte, o cuidado, que havia de ter, no trato com os outros homens e seus interêsses. A negligência pode ser ligada à imprevisão do resultado contrário a direito, pôsto que fôsse êle de prever-se; ou não ligada à imprevisão: então, o agente previu o resultado, e não no evitou, ou porque não o previu tão grave, ou o só previu como pouco provável, ou porque não quis apurar até que ponto era provável. Na primeira espécie, diz-se *inconsciente* a ne-

gligência; na segunda, *consciente*. Numa e noutra, há falta de cuidado, de amor, de carinho, de atenção. Negligência é descuidar-se; vem de *nec-ligere*, isto é, de *legere*, ler, que é reunir, como diligenciar, que é escolher, selecionar (*di-*) para cuidar, e como inteligência (*inte-ligere*, *intelligere*). A falta (*nec*) de cuidado, de (di) *ligentia*, ou consiste *a*) em ato imprudente (que não prevê, "improvidentem"; "imprudentem", em forma sincopada), ou *b*) em omissão das medidas que incubiam a quem devesse prever. Basta que ignore algum fato, ou regra jurídica, que devesse conhecer. Mas, no antigo direito romano, *a*) era *culpa* e *b*) era *neglegentia*. A expressão *neglegentia* só se referia à omissão, à falta de ato positivo. À culpa comissiva é que se chamava *culpa*; à omissiva, *neglegentia*. Assim era ao tempo de QUINTO MÚCIO (L. 5, § 3, D., *commodati vel contra*, 13, 6: "et culpam praestandam et diligentiam"). ULPIANO falou de culpa e custódia (L. 13, § 1, D., *de pigneraticia actione vel contra*, 13, 17), culpa e negligência (L. 1, § 2, D., *si quis, qui testamento liber esse iussus erit*, 47, 4), "neglegentiam vel culpam" (L. 30, § 4, D., *ad legem Iulam de adulteriis coercendis*, 48, 5). Descurando do tempo, interpoladores são os responsáveis por explicitações escusadas e por anacronismos.

2. MEDIDA DO CUIDADO; ESPÉCIES DE DILIGÊNCIA. – A *medida* do cuidado, para se saber desde onde e desde quando êle falta, é dada pelas relações inter-humanas, é social, objetiva, e não individual, íntima, subjetiva. Não basta à conduta, para ficar fora da zona espacial e temporal da negligência, o ser o que é corrente, se o corrente, pelos maus costumes, é a negligência mesma. Daí o problema técnico de se dizer em que consiste a diligência: é seleção, escolha, cuidado; ¿mas *onde* começa?

O homem normal, o homem diligente, para o patriarcalismo do direito romano, havia de ser o bom pai de família (L. 14, D., *de pigneraticia actione vel contra*, 13, 7): "Ea (culpa) igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur". Algumas relações inter-humanas não cabiam no modêlo; destoavam do ambiente familiar. Tinham-se, assim, outros problemas de determinação da *exacta diligentia*. Não se sabe ao certo a que tempo remonta o conceito de *diligentia quam suis*, isto é, de diligência que a pessoa sói ter em negócios próprios ou assuntos próprios (diligentia quam in suis rebus praestare solet). Lá está em CELSO (L. 32, D., *depositi vel contra*, 16, 3: "quam suis rebus diligentiam praestabit"), a propósito de tutela; em GAIO (L. 72, D., *pro sócio*, 17, 2), quanto aos sócios. O marido sòmente pela *diligentia quam suis* era obrigado pelo dote

(L. 17, pr., D., *de iure dotium*, 23, 3; sôbre isso e sôbre a contradição com outras passagens do Digesto, L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 332, nota 53). Bem assim o comuneiro (L. 25, § 16, D., *familiae erciscundae*, 10, 2, texto de PAULO, no qual, aliás, o "talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus" é interpolação, e não revela estilo de PAULO). Dá-se o mesmo quanto ao fideicomisso universal (cf. A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 2.ª ed., 218 s.; ULPIANO, L. 23, § 3, D., *ad senatus consultum Trebellianum*, 36, 1, onde há interpolações). Tudo mostra que o conceito se interpôs entre o dolo e a negligência do homem-tipo, substituindo casos de responsabilidade só pelo dolo. Fora da tutela e da sociedade, seria difícil pensar-se em degradação ou "nuances" ("Nuanzierung", diz L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 333) da responsabilidade pelo dolo.

Para J. CHR. HASSE (*Die* Culpa, 213), a *diligentia quam suis* foi minoração do pressuposto, em relação ao cuidado pelo *diligens pater familias*, tornando-se uma das espécies de culpa. Pensava F. SCHÖMANN (*Lehre vom Schadenersatze*, 170) em *exceptio* do demandado, se o autor alegava e provava a falta de diligência do *pater familias*. Outros a viram como espécie, junto ao dolo e à *omnis culpa* (A. PERNICE, *Labeo*, II, 360). Em relação à culpa aquiliana, que é mais culpa *in faciendo*, a *diligentia quam suis* é mais *in non faciendo*; porém seria êrro tirar-se daí distinção conceptual. A diligência quanto aos assuntos próprios era exigida ao sócio, ao comuneiro, ao marido e ao tutor (ou curador). Se existia, em direito romano, princípio geral, não se pode provar. A *societas* era de origem familiar, a culpa do marido quanto ao dote e a culpa do tutor ligavam-se a fatos de família; daí ter-se cogitado de fundamento familiar. Outros juristas aludiram à circunstância de haver proximidade entre bens (J. CHR. HASSE, *Die* Culpa, 570 s.). A explicação por estarem na esfera jurídica do obrigado (KARL RITTER VON CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, 216) os bens é de repelir-se (E. SANDER, *Ein Beitrag zur Lehre von der* diligentia quam suis, 30 s.).

3. PRINCÍPIO PRIMITIVO DA RESPONSABILIDADE PELO DOLO E PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELA CULPA. – Em matéria de contratos, o princípio *primitivo* não foi o *princípio da responsabilidade por culpa*, e sim o *princípio da responsabilidade sòmente pelo dolo*. O estudo dêsses primórdios e da evolução que se operou deve-se a L. MITTEIS (*Römisches Privatrecht*, I, 315 s.). O ilícito relativo (infração das obrigações negociais) era tratado como o ilícito absoluto: as ações por infrações contratuais eram ações delituais; a sentença tinha eficácia infamante. Para as primeiras

camadas de *bona fidei negotia* e *quasi negotia* e depois, a ação era *actio famosa* (sociedade, tutela, mandato, depósito).

Assistiu-se ao surgir do *dever de ter cuidado*, do *dever de diligência*. Por interpolação, passou a tê-lo o mandatário; no comodato e na *negotiorum gestio*, apareceu êle; e noutros contratos e negócios jurídicos, a despeito de não ser caso de *actio famosa*. Assistiu-se ao surgir do *dever de custódia*, que, segundo E. SECKEL (H. G. HEUMANN, *Handlexicon*, v. custódia), seria criador de responsabilidade por simples culpa, mas, segundo KÜBLER (*Das Utilitätsprinzip*, 21 s.), nos tempos clássicos, abrangeria o *casus* evitável.

(a) São exemplos de dever de *diligentia quam suis adhibere solet*: *a*) O depositário há de ter, na guarda e conservação da coisa depositada, "o cuidado e diligência" (sic), que costuma ter com o que lhe pertence (art. 1.266, 1.ª parte). *b*) O mandatário é obrigado a "tôda a sua diligência habitual na execução do mandato" (art. 1.300); portanto, *diligentia quam suis*.

(b) Na L. 72, D., *pro socio*, 17, 2, GAIO disse, em fragmento tirado às suas *Cottidianarum rerum*: "O sócio responde também devido à culpa, isto é, por desídia ou negligência. Porém a culpa não se há de referir à exactíssima diligência; porque basta que ponha nos assuntos comuns tal diligência qual a que sói aplicar em seus próprios assuntos; porquanto quem se procura sócio pouco diligente, de si-mesmo se há de queixar". A *culpa in concreto* é, aí, dolo modificado (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 330, nota 43) pois, antes, só se respondia, no plano contratual, pelo dolo. Seja como fôr, o princípio da *diligentia quam suis* firmou-se.

Na L. 52, § 2, D., *pro socio*, 17, 2, ainda só se falava de dolo, tendo sido interpolação a referência à culpa (provou-o ST. BRASSLOFF, na *Festschrift für* BORMANN, 334): "Assim, pois, se pergunta se o sócio deve prestar só o dolo, ou também a culpa. E Celso, no livro sétimo do Digesto, escreveu: cumpre que os sócios se prestem entre si, o dolo e a culpa (socios inter se dolum et culpam praestare oportet). Se, ao se constituir a sociedade, instrui êle, alguém prometeu trabalho, ou obra a outrem, como quando damos gado para pastar em comum, ou campo, a cultivador, para se perceberem em comum os frutos, sem dúvida (*nimirum*) aí se há de prestar também a culpa: pois o preço é representação da obra e da arte. Se, porém, o sócio causou dano à coisa comum, mais é de admitir-se que se inclua a culpa". ULPIANO raciocinava com o seu tempo; CELSO, mais de um século antes (começo do século I), teria, pelo menos, razão de dúvida; e a L. 72, que está bem perto no Digesto, 17, 2, tirada de GAIO, que vi-

veu entre os dois outros juristas, ou seria ignorância da solução de CELSO (se CELSO tivesse escrito "et culpam"), ou regressão consciente, tentando síntese. As interpolações obscurecem, lamentàvelmente, o problema, que pôs em contradição o Digesto, 17, 2, na L. 72, que é de GAIO, lá por volta de 170, e na L. 52, tirada de ULPIANO, *ad edictum*, que êle escreveu sob Caracala (morto em 217), ou depois (pouco provável, porque, ao tempo em que escreveu o livro trigésimo quinto do *ad edictum*, Caracala vivia, cf. L. 3, D., *de suspectis tutoris*, e a L. 52 foi tirada do livro trigésimo primeiro).

A solução que adotámos, no direito luso-brasileiro, foi a da L. 52 (ULPIANO), e não a da L. 72 (GAIO). Quer dizer: a responsabilidade pelo dolo e culpa, segundo a interpolação; e não a do dever de *diligentia quam suis*, a que se arrojara GAIO, na L. 72, ou o interpolador (problema, talvez, insolúvel). Assim, CORREIA TELES (*Digesto Português*, III, § 1.070, 149: "...cada um dos sócios é responsável pela culpa grave e leve"), COELHO DA ROCHA (*Instituições*, § 866, 675), *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 3.152) e M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Contratos*, II, 230).

O Código Civil, no art. 1.380, 1.ª parte, ficou com a solução de ULPIANO, contra a de GAIO, que o Código Civil alemão preferira (§ 708). Estatuiu o art. 1.380, 1.ª parte: "Cada sócio indenizará a sociedade dos prejuízos que esta sofrer, por culpa dêle". É como se dissesse com a interpolação (L. 52, § 2): "Socios inter se dolum et culpam praestare oportet". Qualquer invocação da L. 72 ("sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet") seria contra a tradição do direito brasileiro, e contra a letra e o conteúdo do art. 1.380, 1.ª parte (cf. Código Civil argentino, art. 1.759, 1.ª parte: "Todo socio debe responder à la sociedad de los danos y perjuicios que por su culpa se le hubiere causado..."; uruguaio, art. 1.886).

(c) O marido (ou a mulher), se o rendimento é comum, responde como o usufrutuário (art. 260, I), portanto como agente comissivo ou omissivo de ato ilícito absoluto (art. 159), pois o direito do proprietário, no usufruto, é real, e não pessoal (a relação jurídica é a sujeitos passivos totais), a despeito da caução, que haja prestado, segundo o art. 729 (a caução é ao proprietário, e não ao titular do direito de propriedade *naquele momento*). Se há mandato, expresso ou tácito, para administrar os bens do outro cônjuge, responde o marido (ou a mulher) como mandatário (arts. 260, II, e 311); portanto como dever de *diligentia quam suis*, segundo o art. 1.300 (*verbis* "tôda a sua diligência habitual"). Se o marido (ou a mulher) não é usufrutuário, nem administrador, a sua responsabilidade é a de depositário (art.

260, III); portanto, pela *culpa in concreto*, uma vez que o art. 1.266, 1.ª parte, só exige ao depositário a *diligentia quam suis*. (No direito alemão, § 1.359, não se distinguiu: sempre, os cônjuges sòmente respondem pela *diligentia quam suis*.) Quanto ao dote, o marido "responde pelos danos de que tiver culpa" (art. 307, 2.ª parte).

(d) O pai, no direito brasileiro, responde pela culpa *in abstracto*, isto é, pela culpa como homem normal. Sociològicamente, é digno de menção que, ainda aí, o direito alemão só exigira ao *pater familias* a *diligentia quam suis* (§ 1.664): o patriarcalismo, ainda nas relações entre pai e filho, já estava tão longe que só se exigira ao homem-tipo o proceder como sói proceder com os seus negócios.

Também o fiduciário, que, no direito alemão, só responde pela *diligentia quam suis* (§ 2.131), é, como o usufrutuário, no direito brasileiro, responsável de tôda culpa.

4. ATIVIDADE PROFISSIONAL E NATUREZA DO ATO, COMO ELEMENTOS AGRAVATIVOS. – O ser mais estrita a culpa pode resultar da *atividade profissional* do agente e da *natureza do ato*, positivo ou negativo. Aqui, vai-se acima do que se tem, em geral, como infração do dever de evitar danos. É a responsabilidade pela conduta normal *superior*, ou pela sugestão do que o objeto faz ao homem normal. São, como se vê, espécies inconfundíveis, uma de fundo subjetivo (qualidades do agente); outra, de fundo objetivo (qualidades do bem).

(a) A *diligência subjetivamente a mais* resulta, de ordinário, de exercício da profissão: a culpa do advogado especialista há de ser mais rigorosamente apurada que a do advogado sem especialidade; passa-se o mesmo com o médico, o engenheiro, o arquiteto, ou outro profissional, cuja profissão seja suscetível de especialização; a culpa do advogado em geral é *in abstracto*, pôsto que seja a do advogado-tipo; o cuidado que há de ter o transportador de jóias, dinheiro, pedras preciosas, cristais, porcelanas, se a sua profissão é especializada, de modo nenhum é a dos outros transportadores.

(b) A coisa mesma pode impor ou sugerir maior cuidado; há, então, *diligência objetivamente a mais*. Se o transportador não especializado em transportes de cristais se encarrega da embalagem, há de ter com êsses cuidado maior do que com os objetos de metal ou de pedra. O banqueiro, que, por profissão, há de ter cofres para o dinheiro, a respeito de jóias de alto valor há de ter ainda maior cuidado se, devido a temor de furto, costuma não ter em caixa grandes depósitos de dinheiro. O valor é que importa.

Nem a diligência subjetivamente a mais nem a objetivamente a mais são espécie de *diligentia quam in suis rebus praestare solet*. Não há qualquer referência, nelas, ao que se sói praticar com os próprios negócios, se bem que, na diligência subjetivamente a mais, se atenda a qualidades do agente e, na diligência objetivamente a mais, a qualidades das coisas, com as quais o agente trabalhe. Não se sai do terreno da *culpa in abstracto*.

5. AGRAVAÇÃO NEGOCIAL DE DILIGÊNCIA. – A culpa ainda pode ser mais rigorosamente apurada se *negocialmente* se admitiu maior cuidado que o do homem normal. Assim, se o contraente previu que o outro tomasse medidas especiais e o outro o aceitou, a infração do contrato, o ato ilícito relativo, dar-se-á *antes* de ocorrer o ato ilícito pela infração da *diligentia boni patris familias* ou da *diligentia quam suis*. É possível que a culpa se dê, sem que o agente tenha previsto o resultado lesivo do seu ato ou omissão.

6. OMISSÃO NEGLIGENTE. – ¿A omissão negligente, *objetivamente apreciável*, para que se tenha como culpa, só se compõe *a*) se o agente omissivo, por suas qualidades mentais e físicas, pode compreender o que se passa e realizar o que a excluiria; ou, em vez disso, *b*) não se atende a qualidades mentais e físicas do agente omissivo? No direito alemão, a despeito do § 276, que remete aos §§ 827 e 828, discute-se: de um lado, com a opinião *a*), F. VON LISZT (*Die Deliktsobligationen*, 55), E. LANDSBERG (*Das Recht des BGB.*, I, 254), BRODMANN (Über die Haftung für Fahrlässigkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, 370), F. LITTEN (*Die Ersatzpflicht des Tierhalters*, 69), L. BRÜTT (*Die Kunst der Rechtsanwendung*, 154), F. LEONHARD (Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, *Festgaben für* L. ENNECCERUS, 19 s.), L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 552); G. PLANCK (*Kommentar*, II, *1*, 4.ª ed. 221); do outro, P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 109, F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 640, nota 8), H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, *1*, 160), F. SCHOLLMEYER (*Recht der Schuldverhältnisse*, 100), R. WEYL (*System der Verschuldensbegriffe*, 111), H. ISAY (*Die Geschäftsführung*, 111), K. LINCKELMANN (*Die Schadenersatzpflicht*, 37), L. TRÄGER (*Der Kausalbegriff*, 195), M. RÜMELIN (*Haftung im klinischen Betrieb*, 75), E. RABEL (*Die Haftpflicht des Arztes*, 81) e FRANZ EXNER (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 190). A primeira opinião entende que as qualidades psíquicas e físicas, que não dependem da vontade, se ligam à individualidade, são parte dela, salvo se há razão especial para se não terem como tais; a segunda mantém, a respeito, o critério

abstrato. O argumento maior, a favor de *a*), é que seria contra a eqüidade que se reputasse culpado quem tem de executar algum ato, ou evitá-lo, se, devido às suas qualidades *inferiores*, não o pode conseguir. Resposta: cair-se-ia no critério *subjetivo*, algo de culpa "conforme cada um". Outro argumento foi o de que, negando-se essa verificação em concreto, se cai em contradição com a conceituação da culpa segundo as profissões, ou o grupo sujeito, pelo elemento de ligação, a riscos maiores (grupo de caçadores, grupos de jogadores de futebol, grupo de corredores de automóveis, grupo de cavaleiros que estão a passar pelas ruas). Não há contradição: o que se anuncia como médico, ou como clínico especialista, entra em grupo, a que corresponde o homem-tipo profissional; se anuncia operação, ou tratamento, que sòmente *êle* faz, cria grupo em que êle é único, e é segundo êsse homem-tipo que lhe há de ser apurada a culpa. Naturalmente, se A comete a B receber de C grande quantia, longe do lugar em que há de ser entregue a A e A conhece as qualidades inferiores de B, quanto à fôrça física para se livrar de ladrões, ou quanto à sua covardia, B não é responsabilizável na medida em que o é D, pessoa forte e corajosa; mas a razão está no art. 1.300, que manda atender-se, no mandato, à diligência *quam suis*. Não se devem confundir as espécies. Recorrer-se à eqüidade, para se não ver culpa, se o agente, por suas qualidades psíquicas e corporais, não podia ter conduta diferente, é *concretizar* a culpa, fora dos casos em que a lei mandou que só se atendesse à violação da *diligentia quam suis*.

7. NEGLIGÊNCIA, CRITÉRIO OBJETIVO E ABSTRATO NA APRECIAÇÃO. – Negligência é omissão da diligência exigida no trato ordinário dos homens, quando, se hão tivesse havido essa falta de diligência, se teria evitado o resultado não-querido contrário a direito. O critério é, pois, objetivo e abstrato. Qualquer variação, que se observe, resulta da variação do elemento objetivo (social), e não de qualidades psíquicas ou corporais do indivíduo. Se essas qualidades *podem* vir a ser relevantes, para fazer culpado, em maior número de casos, o agente (contrato de serviços com pessoa cuja fôrça física foi elemento que se fêz relevante para a conclusão do contrato), ou menor número de casos (se o contrato, por exemplo, foi a menor preço do serviço, porque o contraente não tem a fôrça do homem comum), é outra questão. O direito ganha em que se mantenham separados os conceitos. Muito perde em que se misturem ou confundam.

Se o comerciante, que contrata, tem de responder com a diligência própria ("diligência que em casos semelhantes empregam os comerciantes

acautelados", Código Comercial, art. 181), é porque êsse é o homem-tipo do grupo. E o mesmo ocorre quanto ao médico, quanto ao transportador com animais, se não pode dominá-los (L. 8, § 1, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2), quanto ao automobilista que desconhece a cidade, quanto ao cavaleiro que não está a par de dificuldades da equitação. De regra, o que depende de *instrução* e *cultura* (e concorre para catalogar o agente) põe-no em grupo, a que corresponde homem-tipo.

8. SOBRESTIMAÇÃO DE SI-PRÓPRIO. – Se alguém sobrestima as próprias qualidades e essas não lhe bastam, ou lhe impedem a prática do ato, ou a omissão, responde pela culpa, pois havia de refletir antes de proceder; não, porém, porque as tenha sobrestimado, e sim porque ou essas qualidades não se levam em conta, sendo as do homem-tipo, ou essas qualidades foram, na sobrestimação, elevadas a outro homem-tipo. Na L. 132, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17, GAIO exprimiu: "Imperitia culpae adnumeratur". Na L. 9, § 5, D., *locati conducti*, 19, 2, ULPIANO citou a CELSO: também a imperícia se há de contar como culpa; o que se empregou para apascentar bezerros, ou remendar, ou polir alguma coisa, deve responder pela culpa; o que fêz mal por imperícia é culpado, porque, argumenta, se empregou como artífice (quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit).

No plano do ilícito relativo, quem assume obrigação superior às suas fôrças responde pela culpa. O fundamento para essa solução está em que *a impossibilidade subjetiva originária não libera o devedor, nem invalida o negócio jurídico*. Ora, quem promete o que não pode fazer, por impossível subjetivo, está adstrito a cumprir. Nem há, aí, impossível objetivo originário, que faça *nulo o* negócio jurídico (art. 145, II), nem o impossível, objetivo ou subjetivo, posterior, que levante a questão da culpa (*e. g.*, arts. 879). Não se precisa lançar mão do argumento de que assumir obrigação é *garantir* ter a aptidão a cumpri-la (assim, G. PLANCK, *Kommentar*, II, *1*, 4.ª ed., 322; certo, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed. 103). Pretendeu H. TITZE (*Unmöglichkeit der Leistung*, 247s.) que o negócio jurídico seria válido (está certo), mas nenhuma ação existiria para o cumprimento, ou perdas e danos: seria lacuna da lei, a ser preenchida segundo as regras jurídicas sôbre a impossibilidade subseqüente. De modo nenhum; a impossibilidade subseqüente nada tem com a objetiva, ou com a subjetiva originária; com aquela, porque causa a invalidade; com essa, porque não se pode pensar em apurar a culpa, no que se fêz impossível ou

era impossível, subjetivamente, *antes*. No direito romano, a L. 137, §§ 4 e 5, D., *de verborum obligationibus*, 45, 1, deixou bem claro que prometer o que ainda não se tem é prometer, e prometer o que não é possível ao promitente, mas o é a outrem, é obrigar-se, segundo o direito. Na L. 34, frisa-se o mesmo. Na L. 15, § 3, D., *de usurpationibus et usucapionibus*, 41, 3, na L. 28, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1, e noutros passos, o pensamento é idêntico.

9. IGNORAR O DIREITO É NEGLIGÊNCIA EMBORA POSSA NÃO HAVER DOLO NO ÊRRO DE DIREITO. – Se, apesar de tôda a diligência exigida nas relações da vida comum, houve dano, porém não era de se exigir o conhecimento da *contrariedade a direito*, não há por onde se cogitar de negligência. O que erra, de fato, sem ter culpa no errar, negligente não é. Naturalmente, rege-se por outros princípios o êrro na justiça de mão própria (sem razão, generalizou êsses princípios, especialíssimos, F. VON LISZT, *Die Deliktsobligationem*, 59).

Quanto ao êrro de direito, há o dever de conhecer as leis; de modo que não se pode excluir a negligência, *salvo* em situações especiais. Nem sempre há dolo se há êrro de direito, porém o êrro de direito não o pré-exclui, *a priori*. Há sempre negligência no ignorar o direito, pois há dever de conhecê-lo.

10. PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA DE QUALQUER CULPA. – O princípio geral, a respeito do ato ilícito, absoluto ou relativo, é o de que tôda culpa, inclusive a leve, obriga à reparação (*princípio da suficiência de qualquer culpa*). A lei é que abre as exceções: ora só o dolo, ora só a culpa grave (*lata*). A negligência grave supõe que o agente podia prever o resultado e o previu. Compreende-se que, no direito comum e depois, se tenha procurado unificar, em conceito mais largo, dolo e negligência grave. Só existiriam culpa grave e culpa leve, uma vez que se não admitiria a *culpa levíssima*, em que se não deixou de ter a diligência devida. É difícil eliminar-se o conceito de culpa grave, não segundo os textos romanos, mas segundo o elemento psicológico da maior negligência: tanto mais quanto, se se exige o dolo, a culpa lata não basta; se se exige culpa lata, a culpa leve não basta. Poder ter previsto e ter previsto mostram bem que a culpa leve não é o mesmo que a culpa lata, porém ter ocorrido o que se previu não é, sempre, ter ocorrido o que se quis. Na culpa grave, previu-se e não se quis; porque, se se quis, dolo há, e não só culpa lata.

No direito romano, a L. 1, § 1 (ULPIANO), D., *si mensor falsum modum dixerit*, 11, 6, contém interpolação que diz: "lata culpa plane dolo comparabitur", falando-se de imperícia. Na L. 226, D., *de verborum significatione*, 50, 16, PAULO afirma a identificação: "Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est". Não se cogitara, a princípio, de culpa lata nas relações jurídicas negociais, exceto na de depósito (L. 1, § 5, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7, que é texto de GAIO; cf. A. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 2.ª ed., 214). Depois aparece quanto aos precaristas, aos argentários, ao mensor, ao escravo libertado pelo testamento e quanto a outros casos. A aplicação em matéria de mandato foi interpolação (L. 8, 10, D., *mandati vel contra*, 17, 1). O conceito geral foi tardo; nenhum jurista, pré-severiano, o conheceu (L. MITTEIS, *Römisches Recht*, I, 335). A *latior culpa*, de que falam NERVA, PRÓCULO e CELSO, é a *culpa in concreto* (cf. L. 32, D., *depositi vel contra*, 16, 3).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 178. B – Doutrina

A negligência pode se constituir em desleixo, falta de cuidado que levam a determinar responsabilidade por culpa.

Pontes de Miranda expõe as diversas concepções que foram dadas à negligência a partir do Direito Romano. De outra parte examina, em matéria de contratos, o princípio primitivo da responsabilidade, se por dolo ou culpa.

O art. 1.060 do CC/1916 e o art. 403 do CC/2002 afastaram-se de qualquer correlação entre a gravidade da culpa e a reparação do dano.

Apenas criou uma separação entre dolo e culpa, para, em certos casos, como nos contratos unilaterais, a parte não beneficiada só responder em ocorrendo o primeiro, pois se houver procedido culposamente está isenta de responsabilidade (art. 392 do CC/2002 correspondente ao art. 1.057 do CC/1916).

O art. 1.380 do CC/1916 que tratava da responsabilidade do sócio perante a sociedade dos prejuízos a esta causados por culpa, não encontra correspondência no Código vigente.

Os arts. 1.266 e 1.300, *caput*, do CC/1916 possuem correspondência, respectivamente, nos arts. 629 e 667 do CC/2002.

§ 179. CASO FORTUITO E FÔRÇA MAIOR

1. CONCEITOS. – Se o "caso", *casus*, *o* que cai, ocorre, sem que o homem, especialmente o devedor, tenha sido causa, diz-se *caso fortuito*. De ordinário, é de acontecimento natural que se trata; mas pode dar-se que seja ato de terceiro, pelo qual não responde o devedor, ou ato sem qualquer culpa do próprio devedor. Não há conceito de caso fortuito que seja absoluto; o mesmo fato pode ser fortuito para A, e não para B.

No definir-se a *fôrça maior*, há duas teorias: a *teoria objetiva*, que vê fôrça maior no que, por sua natureza, é inevitável, independendo, portanto, da pessoa e da previsibilidade e atuação dela (MAX RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, 28; L. TRÄGER, *Der Kausalbegriff*, 222); a *teoria subjetiva*, que tem por fôrça maior todo caso fortuito que não se poderia evitar com a mais apurada diligência (L. GOLDSCHMIDT). A primeira teve sustentadores em A. PERNICE (*Marcus Antistius Labeo*, I, 349), que frisou o caráter casual da *vis maior*, W. STINTZING (*Über vis maior* im Zusammenhang mit *periculum* und Haftung, *Archiv für civilistische Praxis*, 81, 427 s.), a imprevisibilidade, M. RÜMELIN (*Der Zufall im Recht*, 30 s.), a inevitabilidade, H. A. FISCHER (*Vis maior* im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung, *Jherings Jahrbücher*, 37, 225, 278 s.), a inevitabilidade abstrata.

2. FÔRÇA MAIOR E CASO FORTUITO COMO PRÉ-ELIMINADORES DE SUFICIÊNCIA DO SUPORTE FÁCTICO. – Quando a fôrça maior, ou o caso fortuito, é alegável como excludente da responsabilidade pelo ato ilícito *relativo* (*e. g.*, Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, arts. 1.º-6.º, 17-25), ou *absoluto*, em verdade a regra jurídica é pré-excludente: vai ao suporte fáctico, e a fôrça maior, ou caso fortuito, opera como elemento negativo, que cancela a presunção de culpa, ou conceptualmente exclui prova de culpa. É o que se passa ainda que a lei aluda à prova, ou, em terminologia errônea, a exceção.

Quando se diz que alguém responde ainda pela fôrça maior, ou pelo caso fortuito, diz-se que o suporte fáctico do ilícito está completo ainda que não haja culpa, ou, até, ato. Assim se há de entender que a fôrça maior, ou o caso fortuito, não pré-exclui. Se, na espécie, há ato do responsável, êsse ato é tratado como ato-fato; se não há ato, como fato. Tem-se, ali, ato-fato ilícito; aqui, fato ilícito.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 179. B – Doutrina

Em nosso Direito, o "caso fortuito" representa o obstáculo ao cumprimento de uma obrigação por motivo alheio à vontade de quem deve cumpri-la. Muitas vezes "caso fortuito" e "força maior" são considerados expressões sinônimas, embora haja diferenças entre elas. Ambas têm assento cognitivo na imprevisibilidade. Todavia, se houver obstáculo que possa ser removível, há caso fortuito; se houver obstáculo irresistível, há força maior.

O art. 393, parágrafo único, do CC/2002, dispõe: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir" (correspondente ao art. 1.058, parágrafo único, do CC/1916).

A doutrina entende que o dispositivo legal citado acima, idêntico àquele que constava do Código revogado, apesar das opiniões que procuravam separar as noções de caso fortuito e força maior, na verdade aboliu quaisquer fronteiras entre ambos.

Pelo art. 393 do CC/2002 (art. 1.058 do CC/1916), os efeitos do caso fortuito ou de força maior exoneram o devedor quanto à responsabilidade pelos prejuízos dele decorrentes, salvo se contratualmente houver assumido essa responsabilidade.

§ 179. C – Jurisprudência

"Os fatos danosos causados por agentes da natureza, resultantes de forte chuva, ventos que se movimentam com ímpeto, trovões e raios, caracteriza-se caso fortuito, o que retira a responsabilidade de indenizar pelos dados dela decorrente" (TJGO, ApCiv 15385-2/190, 1.ª Câm., j. 18.12.2007, rel. Des. João Ubaldo Ferreira, *DJGO* 11.01.2008, *RT* 871/281).

"O inadimplemento de outros compradores não constitui força maior para justificar atraso na entrega de imóvel a comprador em dia com a amortização do preço" (STJ, REsp 819.519/PE, 3.ª T., j. 09.10.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 05.11.2007).

§ 180. IMPUTABILIDADE

1. Conceito de imputabilidade. – Chama-se *imputabilidade* o poder-se atribuir a alguém, por seu estado psíquico, a culpa do ato. No direito privado brasileiro, ou a não-imputabilidade resulta de *idade*, ou da *interdi-*

tabilidade. Vale dizer que a capacidade negocial e a capacidade delitual se assemelham; porém o direito brasileiro não admitiu que, em matéria civil, se tivesse a imputabilidade como distinta da incapacidade. Se alguém está bêbedo e causa dano, responde pela negligência; se procurou beber, prevendo o dano, o dolo compõe-se. A lei fêz bem em excluir a verificação da não-imputabilidade fora dos casos de incapacidade; mesmo porque, se o fizesse, teria de criar obrigação de reparar, por eqüidade. O estado transitório, como o sonho, o desmaio, o ataque epiléptico, a embriaguez e o estado hipnótico não afastam a imputação, se a incapacidade não se compõe. Isso de algum modo simplifica o problema técnico; por outro lado, complica-o. Chega A em sua oficina, onde devia ligar a luz para o outro e não no faz, porque, chegando, bebeu água e a água fora preparada para provocar-lhe forte sono. Nenhuma culpa tem A; tem culpa o que preparou a água. Se A se pôs em tal estado, para não poder praticar o ato que lhe cabia, responde, porque podia prever (*culpa leve*) ou previu (*culpa lata*) ou previu e quis o resultado (*dolo*). Se A, ao embriagar-se, por exemplo, não *podia prever* o que aconteceria, culpa não há; pôsto que seja dificílimo haver dano que não seria de prever-se se alguém culposamente se põe em estado de causá-lo. Não temos a regra jurídica do Código Civil alemão, § 827, 2.ª parte, concernente às bebidas alcoólicas e outros meios de perturbação psíquica. Por isso mesmo, tem-se de apurar a culpa: se não na há, o dano não é reparável pelo causador sem culpa.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL. – A responsabilidade civil é independente da criminal: em conseqüência, o que estava ébrio, ao cometer o crime, pode não ser imputável, penalmente, e responder no cível.

3. CULPA E RESPONSABILIDADE; RESPONSABILIDADE SEM CULPA. – A lei pode estabelecer qualquer presunção legal relativa. A regra jurídica, que estabelecesse o dever de indenizar, sem qualquer culpa, pelo ato ilícito alheio, feriria o sistema da Constituição de 1946; *e. g.*, se excluísse a prova da culpa do Estado que impôs, de qualquer maneira, em lei emergencial, a permanência do empregado, contra as acusações do empregador. A responsabilidade pela culpa de outrem, sem qualquer culpa, perfaz, se bem que não sempre, a figura do confisco (Constituição de 1946, art. 141, § 31). Há, porém, um ponto, que é digno de tôda atenção: é o referente à aplicação do art. 63 do Código de Processo Penal, na hipótese de se adotar presunção legal absoluta (= responsabilidade sem culpa por ato de outrem).

A sentença penal teria eficácia mediata (executividade civil), mas o patrão, amo, ou comitente, não foi ouvido, nem pôde defender o empregado. A eficácia mediata, de certo modo, é penal, e a Constituição de 1946 estatuiu que (art. 141, § 30) "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente". Se se admite que a eficácia é anexa, civil, então não se justifica não ter sido ouvido o patrão, amo, ou comitente, que a sofre. Não se criou presunção *iuris et de iure* quanto à culpa do agente; presumiu-se a do patrão, amo, ou comitente, que, segundo os princípios, deve poder defender o agente, para que se lhe não presuma a culpa pela culpa do empregado. Seja como fôr, a presunção *iuris et de iure* é instituto antiquado, bolorento, tanto quanto já o é a noção de "risco profissional", superada na própria jurisprudência francesa. A Constituição de 1946, art. 157, adotou "a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte" (XVI), bem como "obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho" (XVII). A lei de acidentes no trabalho, à parte da lei que se prevê no inciso XVII do art. 157, fundada na culpa, com ou sem presunção legal relativa de culpa do empregador, é perfeitamente permitida pela Constituição de 1946. A lei de acidentes, fundada no "risco profissional", noção já superada na própria jurisprudência francesa, seria destoante da Constituição de 1946 e dos princípios de boa técnica legislativa, porque suporia risco profissional (segundo o conceito de R. SALEILLES), OU risco criado (segundo o conceito de L. JOSSERAND) onde nenhum risco proveio especìficamente da profissão ou da indústria. A criação de presunção *iuris et de iure*, para que essa não se choque com os "princípios da justiça social" (Constituição de 1946, art. 145), tem de estender de algum fato ao fato presumido conseqüências experienciais, de modo que não redunde em violação indireta de regras jurídicas constitucionais. Assim, a presunção legal absoluta da culpa, se o dano proveio de indústria proibida em geral, em certo lugar ou tempo, não atentaria contra os princípios de justiça social, nem contra a Constituição de 1946. Outrossim, a presunção legal absoluta de culpa se o dano proveio de indústria perigosa não-proibida, porque a instalação dela é assunção de responsabilidade pelo perigo. Isso não quer dizer que, *ainda aí*, não seja preferível outra solução técnica, *e. g.*, a da presunção legal relativa, que possa ser elidida com determinadas provas ou com a prova de determinados fatos, positivos ou negativos (presunções legais mistas). A regra jurídica que contém presunção legal *iuris et iure* opera como regra jurídica estranha à discussão da prova; só em sua origem tal regra jurídica é regra de discernimento do ser e do

não ser: afirma que é, impondo existência que pode estar a deformar, com imensa injustiça social, a realidade da vida; a pretexto de assentar que se tem por dispensado de prova o que mais acontece (Praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit), ergue-se a muralha do que se presume, *ainda* em contraste com os fatos que se podem provar. A violência dêsse expediente técnico do pensamento jurídico ressalta.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 180. A – Legislação

Para Pontes de Miranda, a responsabilidade civil se assenta, principalmente na existência da culpa. Para ele, a regra jurídica da responsabilidade sem culpa poderia figurar o confisco, que é proibido pelo sistema vigente na Constituição de 1946 (§ 180, 3). Afirma que, mesmo na existência de uma indústria que por sua instalação ofereça perigo, a presunção só poderia ser relativa.

O Código atual colocou fim à questão da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade objetiva ao dispor no parágrafo único do art. 927 do CC/2002: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

A Carta Magna trata: da previdência social, nos arts. 201 e 202 da CF/1988; dos acidentes do trabalho, no art. 7.°, XXVIII, da CF/1988.

§ 181. CULPA "IN ABSTRACTO" E CULPA "IN CONCRETO"

1. SUPORTE FÁCTICO E NEGLIGÊNCIA. – No conceito de negligência, não está o elemento vontade do agente. *Omitiu-se* cuidado; não se quis o resultado, nem se quis o ato mesmo, ou fato, de que exsurgiu a contrariedade a direito. Pode ter havido consciência de que o resultado provàvelmente viria; não se pode exigir ter havido vontade. Previu-se, ou não se previu; mas, num ou noutro caso, não se quis, nem se anuiu em que outrem quisesse. Todavia, é preciso evitar-se o dizer-se, como alguns juristas, que a negligência é consciente, se o agente previu o resultado e não procedeu de jeito a evitá-lo, porque esperava, por leviandade, que se não produzisse. Tal explicação é contraditória: quem prevê, ou quem tem certeza de que o re-

sultado virá, e omite o necessário a evitá-lo, não é só negligente. É preciso que tenha consciência de que o resultado *pode* acontecer, porém que não esteja certo de que acontecerá. Há só leviandade, negligência, em se não proceder de modo a evitar o provável; não, em não se proceder de modo a evitar o que, sem o ato de afastamento, se há de produzir. Se o resultado só é provável, o ato, que o evite, pré-exclui a probabilidade, ou, se apenas parece evitá-lo, a diminui. Se o resultado é certo, salvo se o ato o evita, a culpa do agente que teria de atuar é maior. Obra imprudentemente quem omite o que evitaria, se êsse ato, que omitiu, seria um dos atos aptos a evitar o resultado; como obra imprudentemente o que pratica o ato que aumenta a probabilidade do resultado, se não o quis o agente. Há o dever de diligência à base de tôda negligência. Diligência é ato de acôrdo com o que o grupo social ordena; no étimo está a assembléia, a reunião, o grupo de gente, a legião, que rouba ou arrebata as coisas sagradas dos outros (sacrilégio), que escolhe no futuro a "sorte" de alguém ou do grupo (sortilégio), que começa a juntar letras, sinais, que possa ler; que elege, que escolhe o melhor (elegância). Na mesma esteira, legume, colheita, coletivo, recolher, selecionar, religião, inteligência. O prefixo *nec* fêz *neglegentia*, que a princípio só se referia à omissão negligente, ficando *culpa* para designar a ação negligente. Assim, a negligência, positiva ou negativa, foi posterior, tornando-se o contrário de ação ou omissão do *sciens prudensque*. Os textos revelam, aqui e ali, o sentido estrito, anterior (cf. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 322 s.).

2. DEVER DE DILIGÊNCIA. – ¿Como se há de apreciar o *dever de diligência*? Há a diligência que independe do que seja cada homem, ou alguns homens, a diligência *in abstracto*, e é a diligência de todo homem como membro do grupo, ou parte dêle, em que se abstrai dos próprios maus costumes que se tornaram freqüentes. Há a diligência *in concreto*, que é a diligência de quem só há de proceder em relação aos assuntos alheios como procede em relação aos seus (*diligentia quam in suis rebus praestare solet*): é pela culpa *in concreto* que responde o depositário (art. 1.267); no direito alemão (§ 708), o sócio (*aliter*, no brasileiro, art. 1.380); no direito alemão (§§ 1.359 e 1.664), o cônjuge e o titular do pátrio poder (*aliter*, no direito brasileiro). O depósito, no sistema do Código Civil brasileiro, pode ser sem gratificação (art. 1.295) e a responsabilidade é pela culpa *in concreto*, seja gratuito, ou não (*aliter*, outros sistemas jurídicos), a despeito dos argumentos a favor da distinção, *de lege ferenda* (cf. C. F. REATZ, *Die zweite Lesung*, 319; W. VON HAGEN, *Die sogenannte* Culpa in

concreto, 43 s.). Quanto à responsabilidade dos pais em relação aos filhos, o direito brasileiro mantém os princípios do art. 159 e os da responsabilidade dos administradores de bens alheios.

Diante de expressões como a do Código Civil, art. 159, *verbis* "causa prejuízo a outrem", percebe-se que os legisladores temeram reduzir as violações, os danos, às ofensas a *direitos*. Pràticamente, havia razão para isso: nem sempre a doutrina e a jurisprudência atendiam aos casos de ofensas, que não produziam danos materiais, deixavam sem tutela direitos que errôneamente não se reputavam subjetivos, ou, até, não se reputavam direitos (*e. g.*, o direito à verdade, o direito à honra; ou a *universitas facti*, em seus valôres próprios, distintos dos valôres dos direitos incluídos no patrimônio).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 181. A – Legislação

O art. 1.267 do CC/1916, que trata da responsabilidade do depositário, é correspondente ao art. 630 do CC/2002, enquanto o art. 1.295 do CC/1916 tem correspondência no art. 661 do CC/2002.

§ 181. B – Doutrina

A culpa *in abstracto* corresponde à culpa levíssima, enquanto a culpa *in concreto* é aquela decorrente de uma ação.

Essa classificação é adotada pelos jurisconsultos do Direito antigo, "sendo que a culpa podia ser apreciada *in abstracto*, isto é, consoante os usos, ou *in concreto*, isto é, de acordo com o comportamento habitual do devedor mais ou menos diligente em seus próprios negócios" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 2, p. 346, n. 317).

No sistema do "nosso Direito há apenas referência à culpa em geral e do dolo também em geral, em razão do que a apreciação que lhe dê o julgador, em conformidade com as circunstâncias e inspirando-se nesses princípios gerais estabelecidos sobre a matéria" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 2, p. 346, n. 317).

CAPÍTULO V
PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO

§ 182. CONCEITO DA PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO

1. CONTRARIEDADE A DIREITO, ELEMENTO DO SUPORTE FÁCTICO. – O ato pode ser ato ilícito relativo (viola direito, pretensão, ação, ou exceção derivada de relação jurídica em algum sujeito singular) e ser ato ilícito absoluto ou *stricto sensu*; ou ser apenas ato ilícito relativo, ou ato ilícito absoluto. O elemento comum, que é a *contrariedade a direito*, pode não existir, por alguma razão especial, que a lei adote, e então, ainda que os outros elementos se juntem, teremos – na ocasião do ato mesmo – "contrariedade a direito, *menos* contrariedade a direito, *igual* a zero". Porque, se a regra jurídica A diz que é proibido (art. 159) e a regra jurídica B, especial, diz que não no é, no que corresponde ao conteúdo da regra jurídica B (art. 160, I e II), não há contrariedade a direito; portanto, não há ilicitude.

2. ESPÉCIES DE PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO. – As espécies principais de pré-exclusão da contrariedade a direito são: *a*) A *legítima defesa* (art. 160, I, 1.ª parte); *b*) O *exercício regular do direito* reconhecido (art. 160, I, 2.ª parte), pois o abuso do direito, ou exercício irregular, é ato ilícito absoluto, *c*) O *estado de necessidade*, ou destruição ou deterioração da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (art. 160, II), entendendo-se lícito o ato, se as circunstâncias o tornaram absolutamente indispensável (necessário), não excedendo os limites do que o é para a remoção do perigo (art. 160, parágrafo único), *d*) A *justiça de mão própria, auto-tutela* ou *desfôrço* (*e. g.*, art. 502). *e*) Se alguém, de ordinário

funcionário público, tem permissão legal para *intrometer-se na esfera jurídica de outrem* (*e. g.*, para desinfeção de casas, exame de pessoa suspeita de doença contagiosa, medição de luz, fôrça e gás). *f*) Nas espécies em que a regra jurídica permite a *intromissão na esfera jurídica alheia*, porque corresponde à vontade do interessado ou à sua presumível vontade (gestão de negócios, serviços prestados pelo médico a quem se acha em estado de inconsciência ou de incapacidade, ou pelo advogado, com a caução *de rato*, segundo o Código de Processo Civil, art. 110, ou pela gestão do negócio extra judicialmente, etc.). A intromissão não é, aí, contrária a direito; portanto ao suporte fáctico falta êsse elemento (E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, 104 s.; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 281): é insuficiente para suporte fáctico do ilícito; o que fica, com a ablação, é lícito. Aqui, não nos interessa discutir a sua natureza como ato lícito, se real (portanto, ato-fato), ou como ato jurídico *stricto sensu*, porque estamos a enumerar apenas as espécies de suportes fácticos *insuficientes* para a ilicitude. O assunto já foi tratado. *g*) Se o ofendido consente na intromissão na sua esfera jurídica (*consentimento na ofensa*). Tal descontrarização é excepcional, tratando-se de atos ilícitos *absolutos*; quanto ao ilícito *relativo*, é quase a regra o **Volenti non fit iniuria*: o ordenamento jurídico deixa margem, do lado dos direitos subjetivos, das pretensões, das ações e das exceções, para que as ofensas se dêem, se com o consentimento do ofendido, sem que desapareçam. Não há essa margem para que não se componha o ato ilícito *relativo* doloso; se há dolo, o consentimento é inoperante, porque *não é*: não torna deficiente o suporte fáctico (E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv*, 99, 54); seria êrro pensar-se em se assimilar o consentimento fáctico ao consentimento que entra no suporte fáctico dos negócios jurídicos. O consentimento, que torna insuficiente o suporte fáctico do ato ilícito relativo e, pois, êsse não se compõe (= não se torna apto a entrar no mundo jurídico), é pré-excludente; é fora de propósito tôda a discussão sôbre assunto, que supõe ter entrado no mundo jurídico o suporte fáctico, e êle, por definição da exclusão de contrariedade a direito, não entrou. Tão-pouco é possível dizer-se, como faz A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 467 s.), que o consentimento do ofendido dá ensejo a direito de intromissão do ofensor (ein Eingriffsrecht des Gegners). O jurista alemão confundiu o consentimento pré-excludente da contrariedade a direito e, pois, impossibilitante, prèviamente, da ilicitude do ato, com o consentimento *integrativo* de relações jurídicas, como a posse da coisa vendida ou locada. O que se passa é apenas no plano fáctico, – e não no jurídico. Onde quer que o **Volenti*

non fit iniuria seja regra jurídica, essa regra jurídica é sôbre não-entrada no mundo jurídico, é regra jurídica pré-excludente. No caso, por exemplo, do consentimento do proprietário para que alguém destrua a coisa, por diversão, ou por implicância, ou por superstição, ou por outro motivo, não há relação contratual em virtude da qual o agente deva respeitar os demais direitos do proprietário. Essa relação contratual, que, aliás, seria *a latere*, foi fantasia de A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 468, nota 83). Não há derrelicção simultânea, nem há relação jurídica negocial: há ato destrutivo, que não entra no mundo jurídico como ato ilícito absoluto, e sim como fato jurídico *stricto sensu*; e não entra no mundo jurídico como ato ilícito *absoluto*, porque o consentimento retirou a contrariedade a direito. Podemos tornar mais vivo o exemplo se imaginarmos que o consentinte é locador da casa, onde a sua coisa está, e o ofensor, destrutor da coisa, é locatário. Nenhuma infração do contrato se dá; o ato não entra no mundo jurídico, como ato ilícito relativo: entra como fato, destruição da coisa, tal como aconteceria se a coisa houvesse perecido. Por isso mesmo que tudo ocorre no mundo fáctico, a nulidade da locação não importa ao que aconteceu com o ato que seria contrário a direito, e não foi, porque o dono da coisa consentiu. Também no caso de *atentado*, se o causador da inovação a fêz com o consentimento do outro figurante da relação jurídica processual.

Se bem que não devamos tratar, aqui, da classe a que pertence o que *fica* dêsses atos, ou circunstâncias, em que a contrariedade a direito foi pré-excluída, convém examinarmos cada uma dessas causas de pré-exclusão da contrariedade a direito como simples causas de pré-exclusão.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 182. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 tem correspondência no art. 186 do CC/2002, enquanto o art. 160, I e II, do CC/1916 corresponde ao art. 188, I e II, do CC/2002. O parágrafo único do art. 160 do CC/1916 tem correspondência no parágrafo único do art. 188 do CC/2002.

§ 182. B – Doutrina

As regras de pré-exclusão da contrariedade a direito sempre foram e continuam sendo aquelas expostas por Pontes de Miranda.

I. LEGÍTIMA DEFESA

§ 183. CONCEITO E LIMITES DA LEGÍTIMA DEFESA

1. AUTO-DEFESA E AUTO-TUTELA. – A primeira delas é a legítima defesa. A legítima defesa pré-exclui: o ato, ao ser praticado, não é contrário a direito; de modo que a legítima defesa, pré-excluindo a contrariedade a direito, tira ao ato o elemento com que teria entrado, *sem ela*, no mundo jurídico, como ato ilícito, ou absoluto ou relativo. Para o direito romano, legítima defesa e o ato em estado de necessidade fundam-se em razão natural (GAIO: adversus periculum naturalis, ratio permittit se defendere, L. 4, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2).

A auto-defesa e a auto-tutela são distintas: aquela é a mantença do estado presente, contra o ataque, *contrário a direito* (legítima defesa), ou por fôrça física (estado de necessidade); essa, não raro confundida pelos juristas, é a justiça de mão-própria, que quase se extinguiu com a passagem da tutela jurídica ao Estado. Na legítima defesa, há, do outro lado, o ato presente, a contrariedade a direito, por parte dêsse ato; do lado do que se defende, a defesa (ato) indispensável ao afastamento do ataque, ou de parte dêle, – indispensabilidade que se há de apreciar objetivamente, ainda que, entre meios igualmente indispensáveis, só se reputa tal o que menos danos cause, ou, pelo menos, o que não seja dos que mais danos causem. O emprêgo de outro meio, que seja menos danoso, porém que seja deprimente do que se defende, não entra em linha de comparação; *e. g.*, a fuga, o esconderijo, a proteção de outros, o pedido alarmante, escandaloso, ou humilhante de socorro. Naturalmente, o ataque pelo irresponsável pode ser evitado pela fuga, sem qualquer desprimor para o atacado.

O Estado, ao defender-se contra ataques contrários a direito, se não se submete ao art. 160, I, ou, se o ilícito seria penal, de acôrdo com o art. 21 do Código Penal ("Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem"), comete ato ilícito, por seus órgãos (Constituição de 1946, art. 194): "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros"; parágrafo único: "Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa dêstes").

O Estado monopolizou a defesa dos homens e dos seus bens, como monopolizou a tutela jurídica e a justiça. Quem é atacado por outrem sòmente se defende a si-mesmo *se* não há polícia no momento. Se a polícia interviria imediata e eficientemente, a defesa própria foi contrária a direito. Tal o *princípio do monopólio estatal da ordem.* Porém o Estado mesmo reconhece que êsse princípio exporia demasiado os indivíduos, se fôsse invocável onde a polícia não impediria o ataque ou seus resultados, como a defesa própria o faria. Daí cogitarem a lei penal (Código Penal, art. 19, II, e art. 21: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem") e a cível (Código Civil, art. 160, I, 1.ª parte) da legítima defesa.

A legítima defesa não se confunde com a justiça de mão-própria, ou auto-tutela, porque, nessa, há realização do direito objetivo e estabelecimento de estado de fato, que corresponda à incidência de regra jurídica, é *aplicação* da lei pelo próprio interessado, ao passo que, naquela, há ataque contra ataque. A legítima defesa é sempre permitida (*princípio da permissão da defesa própria*); a justiça de mão-própria, não: em princípio, é proibida, por existir o *princípio do monopólio estatal da justiça.*

2. NATUREZA DA REGRA JURÍDICA SÔBRE LEGÍTIMA DEFESA. – A regra jurídica sôbre legítima defesa é regra jurídica pré-excludente da contrariedade a direito. Excluída a contrariedade a direito, o suporte fáctico, que teria bastado à entrada no mundo jurídico (ato ilícito), não basta. Sempre que a reação é necessária para afastar de si, ou de terceiro, o ato *presente* e *contrário a direito*, que seria ato ilícito, há legítima defesa. O ato, que, sem legítima defesa, se produziria, ou que, a despeito dela, necessária para impedi-lo, se produziu (insuficiência fáctica da legítima defesa), é elemento essencial do conceito. Sem que alguém intente modificar o estado atual, com dano para outrem, não se pode pensar em legítima defesa. A agressão pode dirigir-se contra qualquer direito de alguém, inclusive contra a prova de direitos, pretensões, ações ou exceções. Há a agressão à pessoa (à vida, à honra, à liberdade, ao corpo, ao nome), ao patrimônio e aos direitos públicos ou privados em geral, inclusive a posse (art. 502) e os direitos obrigacionais (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 566; sem razão, F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 434, nota 6). Não é preciso que a agressão se haja efetivado; a agressão ultimada já não basta para que se dê legítima defesa: há de se ter iniciado, ou esboçado, e ser atual, isto

é, contemporânea ao ato defensivo. O esbôço caracteriza-se pelo estar em via de realização, o já ser preciso, para a evitar, que ocorra a intervenção do ofendendo.

Se a atividade do ameaçante foi tal que se pôde ver como *presente o* perigo, cabia a legítima defesa. Bem assim, se nem todos os danos se haveriam evitado, ou se não se haveriam produzido sem possibilidade de se evitar algum dêles (há legítima defesa do resto). O pôr a bala na arma, o ir apanhar o revólver, o fugir o gatuno, após o roubo, pelo telhado, sem que possa ser alcançado por outro meio que pelo revólver, ou pelo objeto jogado, podem compor o suficiente para a legítima defesa. O ataque perdura enquanto não cessa tôda a possibilidade de se repetir: do outro lado, a agressão há de ser *contrária a direito*: não há legítima defesa contra legítima defesa, mas há legítima defesa contra o que excedeu à legítima defesa. Os atos dos funcionários públicos, inclusive das autoridades judiciárias, podem ser contrários a direito; e, pois, permitir a legítima defesa (F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 433, nota 4; H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 339). É de suma importância referir-se que basta a objetiva contrariedade a direito, não é preciso que haja o elemento subjetivo (H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 339; E. GOLDMANN-H. LILIENTHAL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 2.ª ed., 277; E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, 99, 8; F. VON LISZT, *Die Deliktsobligationen*, 87; H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 82; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 219). A culpa da agressão não é necessária. A legítima defesa pode ser contra ato do absolutamente incapaz (contra, sem razão, J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 69, e K. LINCKELMANN, *Die Schadenersatzpflicht*, 76). A agressão pelo animal ou vegetal ofensivo é diferente: estão fora do direito como pessoas, a sua ofensa é matéria do art. 160, II (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 567; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 433, nota 4; E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 460; F. VON LISZT, *Die Deliktsobligationen*, 86; H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 82; sem razão: K. COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 324, nota 2; F. OETKER, *Über Notwehr und Notstand*, 237). Tão-pouco importa se os meios de que usou o atacado lhe pareciam necessários, se o não eram, ou se ignorava os meios de que dispunha, a mais, o atacante: a situação há de ser examinada objetivamente (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 567; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 620, nota 11).

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DO DANO AO PERIGO. – A propósito da proporção entre o perigo e o dano, o Código Penal, art. 20, *in*

fine, fala, a respeito de estado de necessidade, de sacrifício que, "nas circunstâncias, não era razoável exigir-se"; porém nada diz sôbre a legítima defesa e a proporcionalidade. ¿Há de entender-se que não a exige, ou que há de o que se defende pesar os dois interêsses? A questão é extremamente delicada. A propósito do estado de necessidade, é de entender-se que o direito civil recebe o princípio da proporcionalidade, que teve no art. 20 do Código Penal expressão tão flácida ("razoável exigir-se"). Quanto à legítima defesa, a analogia com o Código Penal, art. 20, só atinente ao estado de necessidade, é de afastar-se; tanto mais quanto os argumentos, ainda onde há regra jurídica explícita sôbre a proporcionalidade, em se tratando de estado de necessidade, têm sido afastados (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 567; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 586; E. ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 39; contra, E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 461, J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 195, E. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 620, texto e nota 9; sôbre a chamada legítima defesa disturbada, *Unfugabwehr*, veja F. OETKER, *Über Notwehr und Notstand*, 294 s.). A questão *de lege ferenda* não deve ser misturada com a questão *de lege lata*.

Se o ato de legítima defesa foi excessivo (o que de modo nenhum se confunde com a desproporcionalidade do dano causado por êle com o dano que causaria ou causou o ofensor), no que êle é excesso torna-se contrário a direito. Todavia, ainda aí, pode o agente alegar e provar que o excesso resultou do terror, do mêdo, ou de algum distúrbio ocasional, para se livrar da aplicação da lei penal; no terreno do direito civil, basta que tenha havido, na extralimitação, negligência, ou imprudência (cf. J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, 195; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 385). Naturalmente, estamos a cogitar do art. 159. A pretensão por excesso de legítima defesa funda-se no art. 159, cujos pressupostos hão de estar satisfeitos (F. SCHOLLMEYER, *Das Recht der Notwehr*, 24).

A *legítima defesa putativa*, isto é, o êrro de fato sôbre a existência da situação de legítima defesa (= os elementos pré-excluentes do suporte fáctico do ato ilícito só foram supostos por êrro), não é legítima defesa, se houve negligência na apreciação errônea dos fatos (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 569; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 586, nota 40).

Se o estado de fato não é de algum modo protegido pelo direito, a mudança dêle é permitida; não há, no mudar-se-lhe algo, incursão na esfera jurídica de outro. Se a coisa é *res nullius*, posso destruí-la, ou danificá-la. Por outro lado, há regras jurídicas que, pré-excluindo a contrariedade a direito, tornam sem proteção algum interêsse. Por exemplo, se alguém está a

afogar-se, pode A tomar o barco de B para ir salvá-lo: B não pode impedi-lo; se o impede, pratica ato contrário a direito, e a mudança do estado de fato por A não no é.

Se o ato é em legítima defesa, não é contrário a direito; portanto, não dá lugar a indenização (ato ilícito não é); mas continua contrário a direito, fazendo-se ato ilícito, o do ofensor. O dano a terceiro, ou a coisa de terceiro (não só à coisa, art. 1.520, parágrafo único), é ressarcível; porque é contrário a direito, defendendo-se de A, lesar a B: aí, não há defesa. Se, defendendo-se de A, necessita de empregar coisa pertencente a B e lhe causa dano, então há de se tratar a espécie como ato em estado de necessidade (art. 160, II), e não como de legítima defesa.

O ônus da prova da legítima defesa tem-no aquêle que a alega; porque êle causou dano, o ato, que praticou, é, de ordinário, contrário a direito. A não-contrariedade a direito tem de ser alegada e provada.

4. Atos de autoridade pública e legítima defesa. – Quando o ato do funcionário público ou da autoridade não é contrário a direito, a legítima defesa não cabe; porém cabe em se dando excesso (exercício irregular de direito), ou se o ato mesmo é contrário a direito. Procurou A. von Tuhr (*Der Allgemeine Teil*, III, 583, nota 19) atenuar êsses enunciados, argumentando que, se o oficial de justiça arresta, ou penhora, bem, que está com o devedor, em custódia, sem ser dêle, o devedor embargado, ou penhorado, não pode resistir como ato de legítima defesa. Mas, aí, o ato do oficial de justiça é de constrição não-contrária a direito, devendo a questão ser levantada nos embargos de terceiro, ou do próprio executado, que tenha interêsse em ser excluída a coisa alheia. Aliás, o art. 934 do Código de Processo Civil prevê a resistência contrária a direito e as sanções contra o resistente.

A imediatidade da legítima defesa exige ato que se pratique sem demora; por isso mesmo, não se há de exigir ao agredido o conhecimento de circunstâncias, que lhe seria difícil conhecer, ou não conheceu.

Se o agredido teve a culpa da agressão, nem por isso fica privado de defender-se legìtimamente: o ato do agressor pode ser sem culpa, mas contrário a direito; a objetividade do ser contrário a direito é que importa (sem razão, H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 247). Em todo o caso, é preciso que a agressão mesma seja contrária a direito; se o não é, como se já foi em legítima defesa, ou em exercício regular de direito, legítima defesa não há (F. Oetker, *Über Notwehr und Notstand*, 250).

5. SE EXISTE DIREITO SUBJETIVO À LEGÍTIMA DEFESA. – ¿O ato praticado em legítima defesa é ato em exercício de direito subjetivo? Noutros têrmos: ¿Existe direito subjetivo de legítima defesa? Se, reunidos os pressupostos da legítima defesa, se compõe suporte fáctico de fato jurídico, de cuja eficácia nasce o direito subjetivo, a resposta tem de ser afirmativa (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 1 s. e 32 s.; R. SOHM, *Der Gegenstand*, 84; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 208 s.; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, 584). J. KOHLER (*Lehrbuch*, I, § 69, I) classificava-o como emanação do direito de personalidade. A corrente negativa teve a P. OERTMANN, a J. BIERMANN e outros. Não nos parece que tenham descido ao fundo do que se passa. A regra jurídica sôbre legítima defesa é norma pré-excludente; por ela, apenas se diz que, havendo x, êsse x não permite que o ato seja contrário a direito. Portanto, não entra no mundo jurídico como ato ilícito. Resta saber-se se, havendo x e pré-excluindo-se a contrariedade a direito, o ato entra no mundo jurídico como ato lícito. Não entra; mas, se entrasse, qualquer direito, de que se cogitasse, seria efeito da sua entrada. Ora, o que se pretende, com a afirmação de haver direito subjetivo à legítima defesa, é que, após a composição dos elementos da legítima defesa, surja direito, *antes* do exercício dela. O direito nasceria instantâneamente, entre a reunião dos pressupostos e o seu exercício. Tudo isso é fantasia. A legítima defesa não é direito subjetivo. *Tudo se passa no mundo fáctico*. De um lado, há o ato, contrário a direito, de A, ato que pode não entrar no mundo jurídico (*e. g.*, se é do louco); do outro, o ato presente de B, que seria contrário a direito, se o ato de A não ocorresse, ou se fôsse indispensável para afastar todo ou parte do ato de A. A legítima defesa opera fora do mundo jurídico, onde se compõem suportes fácticos, e exatamente um dêles, o do ato ilícito, por ela ter ocorrido, não se compôs.

Tentou A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 584) considerar a legítima defesa direito subjetivo, classificando-o entre os direitos de intromissão (*Eingriffsrechte*), como o estado de necessidade e a justiça de mão-própria. Há confusão. Com a legítima defesa, o que vai ser lesado pratica ato (ou seqüência de atos) indispensável a que outrem se abstenha de lhe ofender o direito: dêsse direito irradiam-se pretensão, ação ou exceção de abstenção (*Unterlassungsanspruch*, *Unterlassungsklage*, *Unterlassungseinrede*), portanto nenhuma delas nasce *antes* da ameaça da violação do direito; nasce do direito a pretensão, e a ação ou a exceção nasce da pretensão + a ameaça de violação. A legítima defesa não é aquêle direito, nem aquela pretensão, nem sequer a ação, ou a exceção; é o fato de evitar, *motu*

proprio, que outrem (sujeito passivo individual ou total) viole o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção. A explicação da legítima defesa como faculdade de realizar a pretensão de abstenção põe no mundo da eficácia dos fatos jurídicos o que está fora dêle (antes). O ato do ofensor feriria o direito, a pretensão, a ação ou a exceção; *seria* contrário a direito e entraria, como ato ilícito, no mundo jurídico: a legítima defesa é exatamente para que êle não *seja*, ou o *seja* o menos possível, – não seja no mundo fáctico; e não para que não entre, é óbvio, no mundo jurídico. O ato do que se defende, sim, tem de satisfazer requisitos para que, embora *seja*, não entre no mundo jurídico.

As considerações que aí ficam assentam que não há *direito à legítima defesa*. Tudo se passa, ainda, no mundo fáctico: o ato ilícito do agressor já se está a inserir no mundo jurídico, ou até certo ponto já se inseriu; o que legìtimamente se defende está no mundo fáctico: defende algum direito, absoluto ou relativo; de personalidade, ou não. Mas defende-o de onde está o agente, no mundo fáctico. A defesa no mundo jurídico seria outra coisa.

A legítima defesa não é faculdade de realizar por autoridade própria a pretensão de abstenção. Há, certo, direito subjetivo, pretensão, ação ou exceção de abstenção, ligadas a direito, a que o ato ameaçante *pode* ofender; mas a legítima defesa se passa antes da entrada dêsse ato ofensivo no mundo jurídico, antes de se consumar no próprio mundo fáctico, – é o lado bom da luta entre dois fatos. A regra jurídica do art. 160, I, 1.ª parte, ou outra que diga o mesmo, dirige-se aos contendores para os advertir de que o ato que satisfizer os requisitos da legítima defesa não entra no mundo jurídico, como ato ilícito; regra jurídica, portanto, pré-excludente. A legítima defesa não é o sucedâneo do exercício judicial, ainda preventivo, da pretensão de abstenção, – é o fato da luta, apreciado, por sôbre o mundo jurídico e o mundo fáctico, para se discriminar o que naquele deve entrar, ou não, o que será tido, ou não, como fato jurídico. A regra jurídica sôbre legítima defesa é pré-excludente; portanto, incide por fora do mundo jurídico, *antes* da juridicização dos fatos. A pretensão à tutela jurídica, preventiva ou cautelar, pertence a outro mundo, que é o do direito. Os meios para ela, que os há em alguns sistemas jurídicos, são o arresto, o seqüestro, o depósito, a penhora pelo próprio credor de mão-própria, se não há tempo de ser invocada a justiça pública. Mas, aí, a tôda evidência, não se trata de legítima defesa. O que justifica (*de iure condendo*) a legítima defesa não é a falta de proteção judicial, mas a falta de presta intervenção da polícia, ou a inadequação da polícia para o evitamento. A tutela jurídica preven-

tiva ou cautelar, dirigida contra violações futuras de direitos, pretensões, ações e exceções, é outra coisa, bem como o são as ações de abstenção e as negatórias.

6. INCAPACIDADE ABSOLUTA E LEGÍTIMA DEFESA. – A legítima defesa pode ir contra o ato do absolutamente incapaz, ou do que se acha em estado de choque, ou fora de si, porque aquêle ato, embora não seja ilícito, e êsse ato, ainda quando não no seja, são contrários a direito; e pode ser por parte do absolutamente incapaz (J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 69, IV; H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 87; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 568; sem razão, H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 215 e 138, que exigia, pelo menos, capacidade limitada). Nem precisa o são mental ter conhecimento do direito que defende, ou das suas circunstâncias. Pode dar-se que a *omissão* da legítima defesa acarrete culpa (art. 159), constituindo ato ilícito absoluto, ou infração de relação entre o que havia de defender e outrem (culpa contratual), constituindo ato ilícito relativo (A. VON TUHR, *Notstand*, 66).

Se o ato é praticado sem ferir direito de outrem, ou sem ameaçá-lo, não cabe legítima defesa, porque não sendo o ato, contra o qual ela iria, contrário a direito, faltaria pressuposto. Se o ato do defendente, ou do atuante em caso de necessidade, não seria contrário a direito, não há pensar-se numa, ou noutra figura. Nem cabe pensar-se em indenização ao terceiro (cf. H. KRONER, *Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwtehr*, 51; H. BAUMANN, *Notstandsbestimmungen des BGB.*, 74), salvo pelo ato ilícito.

Em virtude da não-contrariedade a direito, que o art. 160, I, 1.ª parte, estabelece, em regra pré-excludente, o que defende *não pode* ir além dos atos *necessários* a repelir a agressão (inclusive, está claro; porque, se todos os atos necessários não estivessem incluídos, não se teria regra jurídica pré-excludente, e os atos seriam, a despeito da legítima defesa, contrários a direito, *e. g.*, homicídio, dano às coisas alheias, se dirigidos ao agressor). Os atos do que legìtimamente se defende, mas alcança a esfera jurídica de terceiros, são atos de estado de necessidade, ou atos contrários a direito, se necessários não eram. A intensidade e a extensão da agressão, mais as circunstâncias do caso, é que redelimitam a intensidade e a extensão (mais as circunstâncias de defesa) dos atos com que o agredido há de procurar excluir, no mundo fáctico, a agressão. O "dever" escolher o que cause menos dano ao agressor, se há muitos meios a serem empregados, é apenas

conteúdo da necessidade de se adaptar à agressão a defesa; e não se impõe como dever jurídico, porque o dever jurídico é resultante da juridicização de algum fato e só surge onde a escolha do meio mais danoso já constitua contrariedade a direito. O ter de escolher o menos danoso é apenas conseqüência lógica de existirem muitos atos *bastantes* para a exclusão do ato de outrem, contrário a direito, e a regra jurídica pré-excludente exigir que se não vá além do *necessário*: entre muitos bastantes, o estritamente necessário é o mínimo necessário, segundo critério quantitativo que sòmente pode ser, devido mesmo à *brevidade* da defesa (ato contra ato não consumado), o do dano (resultados). Se o ofendido *deve* (em virtude de regra jurídica) fugir, em vez de defender-se, legítima defesa não há, se, em vez de fugir, se defendeu. Se não há dever jurídico de fugir, mas seria o menos danoso para o ofensor e não ofenderia outro direito do agredido ou de outrem (*e. g.*, honra, honra da sua mulher, ou do seu marido), a fuga é meio de escapar, em vez de repelir: elide pela exclusão do alvo. Entende-se que se deve fugir, se é possível, quando o atacante é louco, ou está fora de si; sendo de notar-se, porém, que, a respeito dos que estão fora de si, inclusive os embriagados, as circunstâncias do caso podem excluir o dever de fuga, se *outro* direito entra em causa. Não se pode tratar no mesmo pé de igualdade o louco e o embriagado. Além disso, o cabimento da legítima defesa há de julgar-se de acôrdo com o que objetivamente se passa (estamos no mundo fáctico), e não de acôrdo com o que o agredido pensou que existisse, ou não existisse. O que, podendo fugir do louco, que êle não sabia ser louco, repeliu a agressão, crendo que a sua honra o exigia, não se defendeu legìtimamente. Daí resulta que o seu ato foi contrário a direito: podia evitar a agressão, fugindo. (Se é ilícito criminal, ou *ato punível*, é questão que só se pode discutir no direito penal.) Por isso mesmo, o que pensava que o ofensor tinha, à mão, revólver, e, temendo-o, atirou, não se defendeu legìtimamente, se o agressor não tinha, à mão, o revólver, e sim o lenço: usou meio de defesa + meio de ofensa (meio de defesa *excessivo*); responde pelo dano. Contra o excesso, pode existir a legítima defesa do outro, como pode existir a legítima defesa contra todo o ato que se cria, erradamente, em legítima defesa. Se, em vez disso, o agredido pensa (ou pensou) que empregara meio excessivo, e não o fôra (isto é, o meio que empregou era indispensável à repulsa da agressão), legìtimamente se defendeu. Mais ainda: se A vai agredir B, com quem discutira, e B já estava aguardando a saída de A para o ferir, o espancar, ou o matar, e a luta se trava, o direito privado tem de considerar o *início de ato* e a reação a êsse, abstraindo de qualquer elemento subjetivo.

7. LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E LEGÍTIMA DEFESA ALHEIA. – A legítima defesa pode ser *própria* ou *alheia*: o que ofende pode não ser o agredido, e os princípios são os mesmos. O art. 160, I, 1.ª parte, fala, em geral, de legítima defesa; o art. 1.520, parágrafo único, supõe legítima defesa de terceiro (*verbis* "aquêle em defesa de quem"). Há relação entre o agredido e o terceiro defensor, que se estabelece com a intromissão dêsse, e tal relação tem de ser pesquisada. Viu nela, sempre, gestão de negócios A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 587); mas entre o agredido e o terceiro pode já existir outra relação: *a*) o pai, ou adotante, que defende o filho sob o pátrio poder, não é gestor de negócios, se a defesa, *in casu*, entra no conceito de guarda (arts. 384, II, *in fine*, e 378); *b*) diga-se o mesmo dos tutôres e curadores, se o conceito de "defesa" de que usam os arts. 424, II, e 453, inclusive tratando-se de nascituro (art. 462); *c*) a relação pode ser de mandato, e para isso basta que se haja pedido auxílio, inclusive o pedido de socorro a incerta pessoa; *d*) a relação pode ser resultante de dever de defesa comum, como se o terceiro e o agredido são marido e mulher, ou sócios de casa comercial, e o ataque foi de caráter estritamente pessoal, isto é, de causa estranha à comunhão ou à sociedade; *e*) sòmente se não há *a*), *b*), *c*) e *d*), é que se há de pensar em *negotiorum gestio*, e então ou foi de acôrdo com o art. 1.331 (ato jurídico *stricto sensu*: segundo o interêsse e a vontade presumível do agredido) ou foi ato-fato ilícito (art. 1.332: contra a vontade do agredido). Se à agressão dera e podia dar consentimento pré-excludente o agredido, a defesa pelo terceiro é ilegítima: faltaria o elemento de contrariedade a direito, por parte do ato do agressor; tal como se o agressor estivesse a exercer, regularmente, direito seu. Se o agredido recusa, a defesa pelo terceiro é ilegítima: faltaria o elemento de contrariedade a direito, por parte do ato do agressor; tal como se o agressor estivesse a exercer, regularmente, direito seu. Se o agredido recusa a defesa pelo terceiro, podendo, jurìdicamente, recusá-la, a defesa em *negotiorium gestio* é ilegítima, portanto entra no mundo jurídico como ato ilícito: o defensor terceiro tem de reparar o dano. Assim, há o *princípio da legítima defesa própria ou alheia*, cuja incidência sòmente se exclui onde a vontade do agredido pode excluir. O dano que o terceiro sofre tem de ser ressarcido, considerando-se reembôlso (A. VON TUHR, *Actio de im rem verso*, 33; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 3.ª-4.ª ed., 795; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.ª-35.ª ed., 531, nota 3), qualquer que seja a relação entre o agredido e o terceiro, só se atendendo aos casos de exposição a risco inindenizável (*e. g.*, arts. 389, 262 e 266, 269 e 274-275).

Se há posse imediata e posse mediata, é óbvio que o possuidor imediato (art. 486) pode exercer a legítima defesa de que se fala no art. 502. Resta saber se a posse pode ser defendida legìtimamente por terceiro. Noutros têrmos: se o art. 502 é exceção ao art. 160, I, 1.ª parte. A relação entre o possuidor imediato e o possuidor mediato permite a legítima defesa dêsse por aquêle. Só se tem de pensar no terceiro, que não seja servidor da posse (art. 487). Em 1905, F. K. NEUBECKER (Zur Lehre von der Notwehr, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 10, 150), ainda com idéias pouco claras sôbre o assunto, distinguia a ofensa a direitos que concernem à personalidade, ao direito de personalidade (influência da leitura do livro de J. KOHLER, *Das Eigenbild im Recht*, 6), e a ofensa à posse, de modo que a posse estaria fora (¿porque, então, o direito de propriedade se incluiria?): "A legítima defesa pessoal (*Personennotwehr*) consiste no direito de afastar de si, ou de outrem, agressão presente, contrária a direito. Quem é outrem fica implícito. Ao contrário, pode o possuidor (ou o servidor da posse) rechaçar, com o desfôrço, a fôrça própria proibida (§ 858). Pode êle impedir, repelir de si a agressão, ¿Pode-o também o não-possuidor?" Respondia que não, por se tratar de agressão à coisa, como se a ofensa à posse e a ofensa à propriedade fôssem, aquela, ofensa à coisa, e, essa, ofensa à pessoa. O pôr a posse fora da esfera do direito poder-se-ia admitir, mas fora da esfera da personalidade, onde estaria, no entanto, a propriedade, é difícil de entender-se. Nem a posse nem a propriedade lá estão. O princípio geral é o de que cada um defende o seu direito, e não pode defender o de outrem, salvo incidência de regra jurídica especial entre o terceiro e o titular do direito, ou *negotiorum gestio*. De modo que o problema está em se saber se, tratando-se de posse, a gestão de negócios é permitida. O escrito de NEUBECKER influíu em A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 587), lamentàvelmente. Se partimos de que a legítima defesa opera por fora do mundo jurídico, lá onde se compõem os suportes fácticos, fácil é ver-se que tanto é contrário a direito "violar direito" quanto "causar prejuízo a outrem" (art. 159). O art. 502 foi extensão da legítima defesa à posse, e não limitação ao art. 160, I, 1.ª parte. Nada há que justifique, nos casos de relação entre o terceiro e o agredido, ou em caso de gestão de negócios, excluir-se a legítima defesa pelo terceiro (legítima defesa alheia), tratando-se de posse.

De ordinário, a agressão contra a qual se permite a legítima defesa dirige-se contra determinada pessoa, física ou jurídica. Às vêzes, porém, a agressão é difusa, ou contra a multidão, ou certo círculo social, ou certa zona, ou em certa direção, constituindo perigo de maior ou menor genera-

lidade (perigo público, perigo geral). A opinião, nesse sentido, está assente (cf. G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 568).

Quanto à agressão, tem-se dito que há de ser atividade positiva, suscetível de pôr em perigo a pessoa, ou os seus bens: ataque por omissão seria inadimplemento de obrigação (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 566; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 618, texto e nota 1). O assunto merece maior atenção. Contratou A com B que todos os dias, das 19 às 20 horas, fecharia êle a comporta, no seu terreno, para que pudesse desligar a fôrça elétrica, e B, que tivera discussão com A, não no faz às 19 horas, pondo em perigo a vida de operários ou bens de A; a atitude de B é atividade negativa, é omissão por inadimplemento de obrigação, e no entanto seria injusto (= contrário ao art. 160, I, 1.ª parte) recusar a A a legítima defesa. O que se pode dizer é que são menos freqüentes os casos de agressão por atividade negativa, – não, que sejam impossíveis.

Discute-se se pode o que se defende ignorar a situação de perigo e alguns entendem que se há de ter consciência do fim de auto-defesa, quer se trate de legítima defesa, quer de estado de necessidade, quer de justiça de mão própria, o que é baralhar problemas. Quem atua em legítima defesa, vê, ouve, palpa, ou cheira, ou sente o sabor do risco, do perigo; não precisa ter consciência disso, – o reflexo, com que se defende, pode ser instintivo. A regra jurídica do art. 160, I, 1.ª parte, como a do art. 160, II, apanha quaisquer pessoas, capazes ou incapazes. Aquela opinião é errônea; teria o grave inconveniente de deixar fora da proteção legal (as regras jurídicas pré-excludentes protegem) os doentes mentais, que, como as pessoas sãs (e os animais), se podem defender (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 108; sem razão, F. OETKER, *Über Notwehr und Notstand*, 10).

8. LENTIDÃO NA CONCEITUAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA. – A demora dos juristas em compreenderem o instituto da legítima defesa foi devida à indistinção, que ainda estava à base dos seus raciocínios, entre o mundo fáctico e o mundo jurídico. As leis redigiam-se falando do crime e, depois, ou permeadamente, da legítima defesa, como se, tendo entrado no mundo jurídico o seu suporte fáctico, carimbado pela lei, a alegação da legítima defesa apagasse o colorido criminal. Em verdade, porém, as mais velhas leis estavam mais rentes à vida, e não tinham êsse vício: na *Lex Ribuaria*, Tit. 77 (*Mon. Germ.*, V, 213 s.), primeiro se tratou da análise do suporte fáctico, com elemento de legítima defesa, para se dizer, depois, que, não sendo o caso, *homicidii culpabilis indicetur*; na *Lex Alam. Lantfridana*,

93, explicou-se que *non facit violentia qui repellit quia sua contradicit*; na *Lex Visigothorum*, Livro VI, Título 4, 6, ainda melhor se disse: "Ne sit reus qui percutere volentem ante percusserit"; no *Edictum Theodorici*, 15 (*Mon. Germ.*, V, 145 s.), estava "defensor propriae salutis videtur in nullo peccasse". O matar *cum causa* era a regra, porque a vigilância interna e a disciplina dos clãs e tribos eram rígidas: mais se matavam os de fora, nas brigas com os dos outros grupos. O que se havia de punir era o *sine causa occidere* (Decretio Childeberti II, de 596, Capítulo 5, *Mon. Germ.*, II, 15), o matar sem causa.

A legítima defesa pré-exclui a criminalidade e a ilicitude. Passa-se no mundo fáctico; o suporte fáctico deixa de entrar, como ato ilícito, no mundo jurídico. É exercício da liberdade e defesa. Se alguém desembainha o gládio, ou qualquer outra arma, entrando na casa de outrem, para matar o dono da casa e êsse o mata, a morte dêle é sem conseqüências (mors eius nulatenus requiratur, *Lex Visigothorum*, Livro VI, Título 5, 2). A incursão na esfera alheia tornou-se não-contrária a direito, desde que imediata (*Lex Salica*, 39; *Lex Burgundionum*, Título 2, 2: "dum sequitur"). A contrariedade a direito é do ato contra o qual alguém se defende; a legítima defesa sòmente pode ter as conseqüências do *fato*, que ela é (cf. OTTO V. ALBERTI, *Notwehr heute und in den Volksrechten*, 3 s. e 49).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 183. A – Legislação

O art. 160, I, do CC/1916, que tratava da legítima defesa tem correspondência no art. 188, I, do CC/2002.

§ 183. B – Doutrina

A legítima defesa no campo de Direito Civil tem muita importância, não só por sua justificativa como por ser considerada uma excludente de responsabilidade.

O *substractum* das regras sobre a legítima defesa no Direito Civil se serve das regras havidas no Direito Penal.

O art. 188, I, CC/2002 apenas diz que não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa, sem defini-la: isto porque, a noção de legítima defesa é ministrada pelo Direito Penal, quando declara não haver crime na hipótese do agente praticar o fato, em legítima defesa. Entende-se em "legítima defesa quem,

usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (art. 25, do CP).

São requisitos da legítima defesa: (a) agressão atual ou iminente e injusta; (b) preservação de um direito próprio ou de outro; (c) emprego moderado dos meios necessários à defesa.

Transportados tais requisitos para o Direito Civil: agressão atual iminente e injusta (a): a agressão consiste em uma atitude ou atividade positiva capaz de lesar, ou por em perigo, uma pessoa ou seus bens jurídicos. A atualidade ou iminência da agressão serve de medida única à necessidade da defesa, "sem se necessitar indagar se a agressão era escusável e, muito menos, se era previsível" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 544, n. 389).

Além da atualidade ou iminência da agressão requer-se seja injusta, isto é, antijurídica. Em suma, o ato praticado pelo agressor deverá atingir a ordem jurídica. É indiferente que o agressor seja "um irresponsável ou não, um louco ou não, homem são, um adulto ou um menor" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 1, p. 544).

Outro requisito se refere à preservação de um bem próprio ou alheio (b). Esse requisito está em íntima ligação com o Direito Penal.

Embora nosso Código Civil silencie a respeito da legítima defesa de terceiro, ela deve ser contemplada, uma vez que se trata, do mesmo princípio do Direito Penal que se imana com o Direito Civil e como acentuou Nélson Hungria "a defesa privada é uma colaboração prestada a defesa pública e, como tal, não podia deixar de ser ampliada à tutela de direito de terceiros" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 1, p. 545, n. 389).

O "emprego moderado dos meios necessários a defesa" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., vol. 1, p. 545, n. 389) leva a concluir-se da necessidade do atacado empregar na sua defesa, meios moderados e necessários.

Senão empregar os meios moderados e necessários para a sua defesa, esta prejudicada a excludente da responsabilidade.

A jurisprudência tem entendido que não é possível o excesso na defesa, quando resulta de escusável medo, surpresa ou perturbação do ânimo em face da situação. (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso*... cit., p. 545).

As consequências do princípio da legítima defesa é a legitimidade do prejuízo infligido ao agressor pelo agredido.

Com efeito, responsabilidade é afastada em virtude da legítima defesa, visto que o Código Civil não considera ilícito o ato praticado em legítima defesa (art. 188, I, do CC/2002).

De forma precisa acentua Pontes de Miranda: "a legítima defesa pré-exclui a criminalidade e a ilicitude" (§ 183, 8).

§ 184. PROPORÇÃO AO PERIGO E LIMITAÇÃO DA DEFESA

1. Princípio da proporcionalidade e princípio da limitação da defesa. – É preciso que o ato de legítima defesa seja em proporção do perigo. O Código Civil sòmente se referiu, expressamente, para o *princípio da proporcionalidade*, ao estado de necessidade, e não à legítima defesa (art. 160, parágrafo único: "Neste último caso, o ato será legítimo sòmente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo"). Situação semelhante teve-se no Código Civil alemão, com o seu § 227, que só se refere à *atualidade* e *contrariedade a direito* da agressão, e o § 228, relativo ao estado de necessidade, explícito quanto a ter de não ser fora de relação com o perigo o ato em estado de necessidade (nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr). Discutiu-se então, e cabe, também, discutir-se aqui, se o *princípio da proporcionalidade* rege a legítima defesa. Aliás, melhor seria chamá-lo *princípio da limitação da defesa*: a defesa fora dos limites passa a ser contrária a direito, e entra, como ilícito, no mundo do direito. No Código Penal, art. 19, II, diz-se que não há crime quando o agente pratica o ato em legítima defesa; no art. 21, acrescenta-se: "Entende-se em legitima defesa quem; usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem". Naturalmente, a expressão "culposamente" (art. 21, parágrafo único) está em vez de "por imprudência, negligência ou imperícia", o que põe paralelamente (e coincidentes) o direito penal e o civil, evitando-se a discordância que se revelou noutros sistemas jurídicos.

2. Determinação objetiva da proporção. – Tanto no direito penal quanto no civil, o indispensável há de ser determinado objetivamente, e não segundo o que pensou o atacado. A legítima defesa não tem de ser proporcional; tem de pesar interêsses, tem, principalmente, de não ser desproporcionadamente excessiva, têm de ser levadas em conta as circunstâncias em que podia defender-se o atacado. Não se tem de recorrer à analogia com o art. 160, parágrafo único; tem-se de tirar do próprio art. 160, I, o princípio de limitação da defesa: o art. 21 do Código Penal mais serve ao intérprete do art. 160, I, do Código Civil do que o parágrafo único do próprio art. 160. Não se pode exigir do atacado que só se defenda se o seu ato não pode causar, de modo nenhum, mal maior ao atacante do que o do perigo, porque seria exigir-se de mais, porém seria absurdo

deixar-se tôda a medida à ética (I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 39; C. LEVITA, *Das Recht der Notwehr*, 244); tanto mais quanto a moral, revelada por alguns, apenas estabeleceria que, se só o ato mais grave poderia evitar o menos grave, está êle permitido, – razão por que se apontou como "moral assassina" (H. TOBLER, *Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr*, 74 s.). Primeiramente, se houvesse "direito" de legítima defesa, legítima defesa seria exercício dêle e estaria, portanto, adstrito êsse à *regularidade* (art. 160, I, 2.ª parte). Seria direito irradiado de todo direito que fôsse atacável. Ainda que não seja sempre explícita, essa é a opinião dominante. Mas, em verdade, quando defendo o meu direito contra alguém que o ataca, o que exercito é o meu direito (de personalidade) à liberdade e o valor do interêsse do atacado, frente aos meus, é contemplado por mim, como titular de outro direito que aquêle que foi atacado, e em relação com aquêle que pode ser ferido pela defesa. Há, aí, *coordenação*, e não *subordinação* às regras do exercício dos direitos atacados. A expressão deve-se a LEO AHSBAHS (*Die Grundlinien des Notwehrrechts*, 55: "Die Rechtsverteidigung ist also dem Begriffe der Rechtsausübung nicht subordiniert, sondern coordiniert"). "A defesa do direito é assim não subordinada, mas coordenada, ao conceito de exercício do direito". Na legítima defesa, não: é ela coordenada ao conceito de exercício do direito não subordinada a êle. Não há direito de legítima defesa; porque defender-se, na ordem fáctica, é como comer, correr, subir, dormir, acordar, levantar-se, vestir-se, usar guarda-chuva, capa de borracha, casaco de pele, refrigerador, bengala, cachimbo, cigarro.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 184. B – Doutrina

Este parágrafo analisa, separadamente, a questão concernente à proporcionalidade entre o perigo e a limitação de defesa, sem necessidade de qualquer atualização.

II. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

§ 185. CONCEITUAÇÃO E PROBLEMA TÉCNICO

1. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITOS, COLISÃO DE DIREITOS E PRINCÍPIOS PARA SOLUÇÃO. – O exercício *regular de direito* (conceito de direito de que também lança mão o legislador no Código Penal, art. 19, III, 2.ª parte) passa-se *no mundo jurídico*, já no plano de eficácia dos fatos jurídicos. Nesse plano é que nascem os direitos e os deveres, as pretensões e as obrigações, as ações, a passividade correspondente a elas, e as exceções. Pode dar-se que, a respeito da mesma coisa, existam dois ou mais direitos, pretensões, ações, ou exceções; ou a respeito do mesmo patrimônio, ou de prestação que se exaure (= o devedor só a pode efetuar uma vez), concorram, divergindo, exercício de dois ou mais direitos. Se é possível o exercício pleno de todos, ou se não é possível, ou se os exercícios dêles não se chocam uns com os outros, porque se enfileiram, hieràrquicamente, de jeito a que uns precedam aos outros e nenhum dêles fique no mesmo grau que outro, depende da natureza e da extensão dos direitos. Ao choque é que se chama, impròpriamente, *colisão de direitos*. Se há colisão de direitos, ou prevalece o *princípio da prevenção*, segundo o qual o que vem depois sòmente fica com o que resta, ou o *princípio da igual sorte*, segundo o qual todos sofrem com a colisão. A técnica legislativa ora usa um, ora outro princípio; e constitui problema particular saber-se, em cada espécie, qual o princípio que, *de lege ferenda* e *de lege lata*, incide. Em cada espécie, não em cada caso. Mas é fácil chegar-se a alguma classificação, partindo-se do exame das espécies em que se há de atender ao princípio da prevenção. As leis mesmas, na concepção das categorias jurídicas, graduam-nas. A respeito de direitos reais, no princípio da prevenção entra, como enunciado menos geral, nêle contido, o *princípio da prioridade em tempo*: **Prior tempore, potior iure*. Tratando-se de direitos de crédito, o sistema jurídico brasileiro às vêzes excetua o *princípio da igual sorte*, no enunciado do princípio da *par condicio creditorum*, que é, no direito material, o que vem em primeiro plano. (Aqui, não entramos no estudo dos dois princípios em direito processual, cf. nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, 457-461.)

2. TESE, ANTÍTESE E SÍNTESE. – A propósito de exercício dos direitos, houve o princípio-tese da absolutidade do exercício dos direitos, com o

aforismo romano **Qui iure suo utitur neminem laedit* (ou **Nemo iniuria facit qui iure suo utitur*). O princípio-antítese foi o *sumum ius summa iniuria*. A síntese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos, ou empregando-se regra jurídica de inclusão, por meio de enunciado proibitivo (Código Civil alemão, § 226: "Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen zuzufügen": o exercício de um direito é proibido se sòmente pode ter por fim causar dano a outrem), ou de enunciado pré-excludente da contrariedade a direito, por se ter incluído entre os atos contrários a direito o exercício irregular ou *abuso do direito* (Código Civil brasileiro, art. 160: "Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido"). A regra jurídica brasileira impõe-se ao intérprete como regra jurídica pré-excludente: se há dano, o que exercia direito comete ato ilícito, salvo se "regularmente" o exercia, donde o ônus da prova, no direito brasileiro, ir ao culpado do dano, e não ao que sofreu, pois a êsse sòmente incumbe provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito. O que alega ter sido o ato praticado no exercício regular do direito é que tem de provar êsse exercício e essa regularidade. É exatamente o contrário do que ocorre no direito alemão: nesse, o que prova ter exercido direito, causando dano (ao lesado prová-lo, como em direito brasileiro), não precisa provar que tal exercício foi *regular*; ao lesado é que incumbe dar a prova de que o exercício sòmente poderia ter por fim causar o dano (assim, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 602, nota 3, que reconhece ser difícil dar a prova; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 564, que se funda no argumento de que, tratando-se de exercício de direito, como autorizado a isso se há de ter o seu titular, mas esquece-lhe que não se há de ter como autorizado a causar dano; FR. LEONHARD, *Die Beweislast*, 335). A regra jurídica pré-excludente do art. 160, I, 2.ª parte, obriga-nos a dar importância especial à noção de *exercício regular*; a regra jurídica includente do § 226, a atribuir tôda importância ao fato do dano.

3. NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. – A regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, I, 2.ª parte, corta, também é de importância nas relações jurídicas obrigacionais, pôsto que mais raro seja o exercício irregular do direito de crédito (F. KLEINEIDAM, ZU § 226 BGB., *Deutsche Juristen-Zeitung*, 10, 147). Não é preciso recorrer-se ao princípio da boa fé, como faz A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 568, nota 51): no direito alemão, o § 226, e no direito brasileiro, a regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, I, 2.ª parte, corta, *bastam* a fundamentar-se a contrariedade a direito do exercício

irregular nas relações jurídicas obrigacionais, por se tratar de regras jurídicas sôbre ilícito absoluto. Em todo o caso, convém advertir-se em que o abuso do direito não se torna, por isso, violação negativa ou positiva das obrigações (ilícito relativo). O locatário que parte para outro lugar do país, ou para o estrangeiro, ou compra casa para morar, meses antes de terminar o seu contrato de locação, e deixa de entregar a casa, para que o locador não firme contrato em excelentes condições com pessoa que da casa precisaria imediatamente, exerce o seu direito, mas exerce-o irregularmente, e responde pelo ilícito absoluto (L. W. HAGER, *Schikane und Rechtsmissbrauch*, 130; sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 568, texto e nota 51, invocando o princípio da boa fé). O devedor que sòmente dá garantia real a um dos credores conjuntos, com o propósito de lesar os outros, pela insolvência, ou pela demora na execução forçada futura, exerce irregularmente o seu direito (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 382). Aliás, o art. 159, no que contém, *ex argumento* do art. 160, I, 2.ª parte, regra jurídica sôbre ser contrário a direito o exercício irregular, apanha o direito comercial e o público. Quanto ao direito processual, regem o art. 3.º e seu parágrafo único do Código de Processo Civil (*Comentários*, I, 126-139). Aqui, a regra jurídica tinha de ser includente, – por faltar princípio geral de contrariedade a direito, no processo, como elemento do ilícito absoluto. O ônus da prova incumbe ao que alega o abuso do direito processual.

No direito civil brasileiro (*aliter*, no alemão), não se precisa indagar do propósito *único* de lesar; basta que lese, com culpa. As circunstâncias podem, objetivamente, compor o caso de exercício irregular. No direito alemão, em vez disso, chegou-se a reputar insuficiente que o propósito de lesar fôsse o fim principal (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 563; contra, com razão, E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 457; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 422, nota 10; B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, I, 6.ª-7.ª ed., 158). O critério de se ter por irregular o exercício, se o interêsse único seria o de lesar, não basta, em direito brasileiro.

4. REALIZAÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO. – Exercício do direito não é só o fazê-lo eficiente perante outro, mas, igualmente, tôda realização fáctica do conteúdo do direito (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch, I*, 30.ª-34.ª ed., 615; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 564; sem razão, A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 288, e O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 10). Não importa se extrajudicial, ou judicialmente (não se confunda com o exercício da tutela

jurídica e dos direitos processuais). Pode ocorrer no direito das coisas, fora daqueles casos em que a lei o transformou em direitos do vizinho contra o exercício do direito de propriedade (o exercício irregular nada tem com as limitações legais). A regra jurídica do art. 159, a que o art. 160, I, 2.ª parte, corta, não limita o conteúdo do direito de ninguém, nem o nega; apenas prevê como suporte fáctico de ilícito absoluto o exercício que seja irregular. Se o exercício é regular, falta a contrariedade a direito, para que se compusesse o suporte fáctico do ilícito. Se se diz irregular, provado o dano, tem o titular, que o causou, de provar a regularidade. Se não se prova, o juiz tem de condenar o réu, não porque a irregularidade se presuma, e sim porque o dano lá está, e lá está a culpa. A contrariedade a direito compõe-se com o exercício danoso; a prova de regularidade excluí-la-á. Em todo o caso, não seria justo que se julgasse, de ofício, o exercício irregular (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, I, 4.ª ed., 755; E. ECK, *Vorträge*, I, 2.ª ed., 216; sem razão, G. PLANCK, I, 4.ª ed., 564; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 656; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 423, nota 12). Pode-se pleitear preventivamente contra o exercício irregular (Código de Processo Civil, art. 675, II), ou cominatòriamente (Código de Processo Civil, art. 302, XII). A alegação de exercício irregular, pelo réu, é defesa, ou reconvenção; não exceção de dolo (sem razão, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 617). A *exceptio doli generalis* é outra categoria jurídica e mais vasta, se cabe.

A inclusão do exercício irregular como ato ilícito absoluto tem como conseqüências poder o que vai ser lesado defender-se (legítima defesa) e o direito à reparação.

As circunstâncias supervenientes podem tornar irregular exercício que fôra regular; ou vice-versa.

5. REJEIÇÃO DA TESE DA ABSOLUTIDADE. – A interpretação do art. 160, I, 2.ª parte, há de atender a que o direito brasileiro não excluíu, como princípio geral, a contrariedade a direito pelo exercício dos direitos. A atitude do Código Civil é diametralmente oposta ao **Qui iure suo utitur neminem laedit*. O exercício, que lesa, é contrário a direito; é preciso que seja regular, para que a contrariedade a direito se pré-exclua. Não é contrário a direito todo exercício de direito que lese; se o exercício foi regular, não se poderia tirar ao direito o poder ser exercido porque lesaria outro: seria preferir um direito a outro. A irregularidade do exercício é que estabelece a preferência pelo direito lesado.

Por outro lado, o interêsse lesado pode ser material, ou moral (art. 76; Código de Processo Civil, art. 2.º).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 185. A – Legislação

O art. 160, I, do CC/1916 corresponde ao art. 188, I, do CC/2002.

O exercício regular de direito está compreendido na 2.ª parte do inc. I do art. 188 do CC/2002, como estava na 2.ª parte do inc. I do art. 160 do CC/1916.

§ 185. B – Doutrina

A doutrina exposta por Pontes de Miranda de que "o exercício, que lesa, é contrário ao direito; é preciso que seja regular, para que a contrariedade a direito se pré-exclua" (§ 185, 5) a ilicitude de tal exercício continua prevalendo na doutrina.

De outra parte, a afirmativa por ele feita de que o interesse lesado pode ser "material" ou "moral" prevalece, ainda mais diante da consagração, a partir da Constituição Federal de 1988, da indenização do dano moral.

III. ESTADO DE NECESSIDADE

§ 186. CONCEITUAÇÃO E PROBLEMA TÉCNICO

1. Conceito de estado de necessidade. – O direito privado e o direito público, principalmente o penal, diante do *estado de necessidade*, têm problemas diferentes de técnica legislativa. Enquanto o direito penal há de determinar, principalmente, quando a invasão da esfera jurídica de outrem não é ato punível devido a haver perigo iminente, o direito privado há de apontar os pressupostos para que essa invasão se permita. Num e noutro ramo do direito, a regra jurídica é pré-excludente. *a*) Diz-se, no direito civil, que não há contrariedade a direito; não havendo contrariedade a direito, o suporte fáctico que, sem o estado de necessidade, seria suficiente para que o ato entrasse no mundo jurídico como ato ilícito (direito privado), não no é (= fica de fora do mundo jurídico). A assimilação dos estados de

necessidade contra animais à legítima defesa, êrro em que incidiram C. LEVITA (*Das Recht der Notwehr*, 186) e A. VON TUHR (*Der Notstand im Civilrecht*, 53 s.), foi repelida por K. JANKA (*Der strafrechtliche Notstand*, 33 s.), R. STAMMLER (*Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands*, 3 s.), F. VON LISZT (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8.ª ed., 139), H. TITZE (*Die Notstandsrechte*, 17 s. e 82 s.) e pela grande corrente dos investigadores cientistas. Aos poucos, foi-se firmando que sòmente se o animal é meio de alguém se pode pensar em legítima defesa (WESSELY, *Die Befugnisse des Notstands*, 55; M. VON BURI, Notstand und Notwehr, *Gerichtssaal*, 30; C. MATHIEU, *Die Not*, 27; retardatários, P. MORIAUD, *Du Délit nécessaire*, 39 s.; H. TOBLER, *Die Grenzgebiet*, 137; K. BINDING, *Handbuch*, I, 735). *b*) No direito penal, discute-se se a regra jurídica é pré-excludente da contrariedade a direito, ou da culpa.

Quando os atos a que se refere o art. 160, II, ocorrem, o direito penal não os pode punir, porque não são contrários a direito; mas a contrariedade a direito pode existir e não os punir o direito penal.

Estado de necessidade é a situação fáctica em que, para se evitar perigo, se tem de invadir a esfera jurídica de outrem, uma vez que o perigo não seja atividade de alguém, contrária a direito. Tanto no estado de necessidade quanto na legítima defesa, há "defesa" de interêsses próprios, auto-defesa. Mas, nessa, contra êsses interêsses se põe ato contrário a direito; naquele, não: há, contra os interêsses, outro interêsse; contra direito, outro direito. Não importa se a coisa é perigosa, ou não, para se conceituar o estado de necessidade, pôsto que possa ter relevância para o direito do dono à indenização. O ato que se pratica em estado de necessidade não é contrário a direito, nem punível, se bem que possa já não ser punível continuando de ser contrário a direito (plano do direito privado). Então, pode não haver pena e haver reparação do dano, a reparação do dano pelo ato sem culpa, como pode não ter sido contrário a direito (arts. 160, II, e 1.519) e dar causa à reparação. Essas diferenças de níveis ainda embaraçaram, no fim de século passado e comêço dêste, alguns juristas, que viam no dever de reparar sinal de contrariedade a direito (certos, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 599, nota 1; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 334).

Em verdade, se o ato, por direito privado ou por direito público, não é contrário a direito, o problema não se põe em direito penal. O direito penal alude a "direito próprio ou alheio", o que remete ao ramo de direito em que o direito próprio ou alheio nasce. A contrariedade a direito, por parte do agente, é excluída, conceptualmente, porque está em causa direito dêle;

contudo, há ferimento de direito de outrem, que foi pôsto em colisão com o seu, no plano dos interêsses. O Código Civil pré-exclui a contrariedade a direito, se o agente sacrifica a coisa de outrem para salvar o que é seu. Até onde o Código Civil retira a contrariedade a direito, o Código Penal não faz punível o ato; mas a lei penal não o tem de fazer punível em tôda a extensão da contrariedade a direito. Estado de necessidade não-punível estado $\gtrless$ estado de necessidade não-contrário a direito; nunca, estado de necessidade não-punível > estado de necessidade não-contrário a direito (privado ou público). Não está, portanto, no elemento não-contrariedade a direito o fundamento da não-punibilidade, está na exclusão da culpa. Tal explicação evita o êrro de F. OETKER (*Über Notwehr und Notstand*, 79 s.; *Vergleichende Darstellung*, II, 346 s.) que excluía dos atos ilícitos todos os atos em estado de necessidade não-puníveis, como se não-punível = não-contrário a direito. O não-punível é apenas o não-contrário a direito *penal*.

No Código Penal, que pôs o estado de necessidade (art. 19, I) antes da legítima defesa (art. 19, II), do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito (art. 19, III), enuncia-se que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade. E acrescenta-se no art. 20: "Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

Logo após, o § 1.° diz que "não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo" e o art. 20, § 2.° acrescenta que, "embora reconheça que era razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode reduzir a pena, de um a dois terços". O Código Civil estatuíu (art. 160): "Não constituem atos ilícitos: II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)". Os arts. 1.519 e 1.520 cogitaram da reparação, a despeito da não-contrariedade a direito, portanto a despeito da licitude (= pelo ato-fato jurídico, e não pelo ato ilícito).

2. ATO EM ESTADO DE NECESSIDADE. – Ato em estado de necessidade é a atividade necessária ao evitamento de dano que não procede de ato de outrem contrário a direito. A regra jurídica do art. 160, II, pré-exclui a ilicitude de tal atividade, que, sem a regra jurídica pré-excludente, seria contrária a direito e, pois, ato ilícito. São seus elementos necessários: *a*) Perigo atual, *praesens*, que ameace bem jurídico, e êsse pode ser a pessoa

(direitos de personalidade e outros, ligados à pessoa), ou não, e não se exige que se trate do agente, – pode a atividade dirigir-se ao salvamento da pessoa ou bem jurídico de outrem, e não importa a fonte do perigo, pois, tratando-se de invasão da esfera jurídica de terceiro (e não do atacante, nem de influência sôbre coisas por êle empregadas para agredir), a regra que incide é a do art. 160, II (estado de necessidade), e não a do art. 160, I, 1.ª parte (legítima defesa). *b*) O perigo há de ser tal que se precise da influência sôbre o alheio para se evitar. Havendo pluralidade de meios, há de ser empregado o que menos danos cause. *c*) O dano provável, que se teme, há de ser desproporcional com relação ao dano causado à esfera jurídica alheia. A vida é bem desproporcional em relação a qualquer outro (= todos os bens materiais são de menor valor). A apreciação dos valôres entre lesões corporais e danos materiais tem de partir do princípio de que são elas desproporcionais, *exceto* se seria sem grande importância, necessàriamente, a lesão corporal e alto o valor da coisa. O princípio da desproporcionalidade atenua-se quando o perigo está na coisa mesma, porque então há a responsabilidade do dono dela (animal, art. 1.527; edifício ou construção, art. 1.528; coisas que caem ou são lançadas, art. 1.529). A atividade contra o animal, que ataca, é em estado de necessidade (F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 433, nota 4; E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 460; sem razão, K. COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 324; R. FRANK, *Strafgesetzbuch*, 5.ª ed., 117), salvo se açulado, ou por outro modo usado como arma. O perigo imediato pode ser terceira coisa, de que então provenha o perigo à esfera jurídica a que se liga o estado de necessidade; *e. g.*, o incêndio da casa A, destruição da casa B, para salvar C (A. HUECK, Notstand gegenüber einer mitgefährdeten Sache, *Jherings Jahrbücher*, 68, 205-232). Na L. 7, § 4, D., *quod vi aut clam*, 43, 24, ULPIANO dá-nos conta das dúvidas de CELSO e de GAIO sôbre a destruição da casa do vizinho para salvar do incêndio a sua, e a solução de SÉRVIO, que opinava pela verificação de se teria o incêndio vindo até *aí* (si pervenisset, absolvi eum oportere): não se haveria, nem se há de considerar que causou injúria ou dano se havia de perecer a coisa (quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequi perituris aedibus). Não importa se a casa intercalar está segura ou não.

Se o estado de necessidade foi posterior à destruição, deterioração, tomada do uso, ou posse, não se pode pensar em invocação do art. 160, II.

Se o perigo é recíproco, causado por dois animais, que os donos deixaram brigar, não há pensar-se em estado de necessidade; se algum dos donos é ferido, o outro responde segundo o art. 159. Não há pensar-se

em responsabilidade do autor do dano segundo o art. 1.520 (sem culpa), porque a vítima também é culpada (cf. DANNENBAUM, *Notrecht* de lege ferenda, 59). Idem, em caso de duelo, porque o fundamento de não haver a pretensão à reparação não está no haverem ambos assentido, mas sim em que ambos são culpados (sem razão, O. ALBERTI, *Das Notwehrrecht*, 38 s.). Aliás, se há luta de animais, sem que se dê o uso do animal, pelo que o atiça, para o ataque à pessoa, não há ilicitude.

3. PERICULOSIDADE E ESTADO DE NECESSIDADE. – O Código Civil não distinguiu o estado de necessidade por ser perigosa a própria coisa e o estado de necessidade, se ela, em si-mesma, não no é (diferente, o direito civil alemão, §§ 228 e 904), chamado "estado de necessidade a respeito de coisa neutra". Não há exprobrar-lhe a indistinção: não há algo de especial no suporte fáctico da pré-exclusão; a particularidade está em que o lesado, aí, é o dono da coisa e a responsabilidade, sem contrariedade a direito, tem de ser diferente (art. 1.519, *verbis*: "Se o dono da coisa... não fôr culpado do perigo"). Na Alemanha, a distinção foi, *de lege ferenda*, combatida (cf. H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 105 s.; R. MERKEL, *Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 91).

A atividade em estado de necessidade é permitida; e o ato contra essa atividade, pois que ela está ligada a direito do agente, seria contrário a direito: portanto, o dono da coisa não pode opor-lhe obstáculos, nem se supor em legítima defesa (seria preciso que a atividade fôsse contrária a direito e, *ex hypothesi*, não no é). Se se opõe, o seu ato é contrário a direito e, pois, ilícito (art. 159). Entra no art. 160, II, a deterioração ou destruição da coisa que pertence ao agente, se sôbre ela recaem direitos reais de terceiro, posse mediata, ou imediata, ou constrição (arresto, penhora, etc.).

4. INDENIZAÇÃO SEM ILICITUDE DO ATO DANIFICANTE. – O que pratica o ato em estado de necessidade tem de indenizar o dano que cause, não porque o seu ato seja ato ilícito (art. 159), – não no é (art. 160, II), pois que se lhe pré-excluíu a própria contrariedade a direito. Há colisão de interêsses, a que o legislador teve de dar solução; e aprouve-lhe meter tais atos no rol dos atos-fatos. Êsse o ponto cientìficamente mais importante. O dever de indenizar cabe ao agente, e só a êle, ainda que outrem tivesse salvo os seus interêsses em virtude do ato em estado de necessidade. No art. 1.519, diz-se que, se "o dono da coisa" (ou o titular do direito sôbre ela, entenda-se, cf. L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 624: "Dass

von der Einwirkung auf eigene Sachen, an denen Rechte Dritter bestehen, das gleiche gilt, ist sellstverständlich"), "no caso do art. 160, n. II, não fôr culpado do perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização do prejuízo que sofreu". E no art. 1.520: "Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra êste ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância que tiver ressarcido ao dono da coisa". Tal ação regressiva não é a que se funda na relação entre o agente e o que sofreria o dano, se a coisa não foi danificada. Essa, de que o legislador não cogitou, se funda *a*) em relação de que provenha dever de atividade em estado de necessidade, *b*) em mandato, ou *c*) na gestão de negócios. O que, fora das espécies *a*) e *b*), atua por outrem, é gestor de negócios (arts. 1.331). No caso de coisa perigosa, o agente em estado de necessidade sòmente tem de indenizar se a culpa foi sua, *e. g.*, açulou o cão, ligou a eletricidade com culpa: aí, à atividade não se pré-excluíu a contrariedade a direito.

Se algum dos pressupostos do estado de necessidade não ocorreu, pôsto que o agente tenha crido na sua ocorrência (*estado de necessidade putativo*), cabe a indenização pela negligência (art. 159), ou, por *argumentum a fortiori*, segundo o art. 1.519. Tal solução foi aquela a que, com razão, chegou A. HUECK (Notstand gegenüber einer mitgefährdeten Sache, *Jherings Jahrbücher*, 68, 229 s.). Diferente seria entender-se que não indenizaria com fundamento *a fortiori* no art. 1.519, isto é, só indenizaria por *culpa* (art. 159).

5. DISTINÇÃO ENTRE LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE. – A defesa contra coisas perigosas participa de elemento da legítima defesa, sem ser legítima defesa. O elemento único é o de direção da atividade para evitar o dano, – na legítima defesa e na atividade contra coisas perigosas, inclusive animais, o que se resguarda, ou ataca, dirige-se contra a fonte da agressão; mas ali é o agressor que atua contra direito, aqui o seu ato é abaixo do plano jurídico, é fato puro. Êrro grave de A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 588) foi reeditar, no século XX, que a reação contra a coisa perigosa mais se assemelha à legítima defesa. O argumento de que o ato, pelo qual o agente reage contra o animal, ou contra o inanimado perigoso, não engendra a responsabilidade pelo dano, é sem pêso: seria reparar o dano a quem tem culpa, – o dono do animal ou da coisa perigosa.

Discute-se se a defesa contra as coisas perigosas é exercício de direito subjetivo. Os argumentos contra essa afirmação são os mesmos que se levantaram a propósito da legítima defesa. O ato do que se defende contra o

animal, ou contra a coisa perigosa, *seria* contrário a direito, se produzisse dano; em virtude do princípio da regra jurídica pré-excludente, que não precisa estar escrita, deixa de ser contrário a direito. Deixar de ser contrário a direito não é de modo nenhum ser exercício de direito subjetivo. Para que tal ato fôsse exercício de direito subjetivo, seria preciso que o fato da agressão pelo animal perigoso, ou o alcance pela coisa perigosa, entrasse no mundo jurídico como fato jurídico de que decorresse a eficácia jurídica, consistente na irradiação de direito subjetivo a favor do ameaçado. Ora, imaginá-lo seria construir sem alicerces. Se alguém excitou o animal, ou fêz rolar a pedra, ou semeou planta daninha, já é diferente: aí, o animal, a pedra, as fôlhas ou flôres venenosas das plantas são apenas arma, instrumento, do agressor, pessoa; e a figura da legítima defesa impõe-se. Se quem excitou o animal, ou fêz rolar a pedra, ou semeou a planta venenosa, foi quem depois se teve de defender, não há legítima defesa, porque seria legítima defesa contra si-mesmo; há estado de necessidade e tem o agente de reparar o dano que a sua atividade produza. ¿O seu ato será *ilícito*, ou, ainda assim, em estado de necessidade? Pela primeira solução, por influência de J. KOHLER (*Lehrbuch*, I, § 70, III), A. VON TUHR (*Der Allgemeiner Teil*, III, 589), F. VON LISZT (*Die Deliktsobligationen*, 94), H. A. FISCHER (*Die Rechtswidrigkeit*, 253); pela segunda, G. PLANCK (*Kommentar*, I, 4.ª ed., 572; J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 197; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 667). O dever de reparação funda-se no art. 1.519.

6. LIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE E OUTROS DIREITOS PATRIMONIAIS PELA REGRA JURÍDICA DO ART. 160, II. – O art. 160, II, contém *limitação da propriedade*, que atinge a própria coisa. Tal limitação concerne, também, à posse e a qualquer direito sôbre a coisa ou à coisa (F. K. NEUBECKER, Haftung für Wort und Werk, *Festgabe für* OTTO GIERKE, III, 337), portanto não se trata apenas de destruição ou deterioração da coisa; e tem o direito à indenização o possuidor ou o titular do direito, *ad instar* do dono (K. MAENNER, *Das Sachenrecht*, 160). O art. 160, II, é, por conseguinte, exceção ao art. 524. Daí não limitar o direito de personalidade, nem os direitos à vida, à liberdade, à integridade física e psíquica, à honra, à verdade, ao nome, nem o direito autoral de personalidade, etc. Quanto aos direitos sôbre bens imateriais, excluíam-nos G. PLANCK (*Kommentar*, III, 4.ª ed., 266) e K. MAENNER (*Dos Sachenrecht*, 159); não assim, J. KOHLER (*Lehrbuch*, I, 227) e J. BIERMANN (*Sachenrecht*, 3.ª ed., 147). O simples exemplo convence de que a última opinião é a certa: ausente o descobridor de uma bomba, cujos segredos estão em sua mesa, ou cofre

fechado, percebe-se que o relógio ligado a ela está a marcar tempo para a explosão, sendo segrêdo a ligação. O dono da fábrica, ou outrem, pode violar os segredos, sem contrariedade a direito. Quanto à entrada no domicílio, – seria, como incursão na esfera jurídica de outrem, com violação de liberdade espacializada (nosso *Democracia, Liberdade, Igualdade*, 412 s., 363 e 383), – inextensível o art. 160, II, se não houvesse nas Constituições a regra jurídica de pré-exclusão (= não contrariedade a direito), como o art. 141, § 15, da Constituição de 1946: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer". O problema não fôra pôsto, como deveria ter sido, pelos juristas favoráveis à inclusão (H. DERNBURG, F. KRETZSCHMAR e G. PLANCK, *Kommentar*, III, 4.ª ed., 266) e desfavoráveis a ela (J. MEISNER, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, III, 77; K. MAENNER, *Das Sachenrecht*, 160). O art. 160, II, é invocável a propósito de aviões, trens, ônibus e demais meios de transporte.

7. PRESSUPOSTO DA IMINÊNCIA DO PERIGO. – O perigo tem de ser iminente. Não é preciso, contudo, que seja imediato: a iminência do perigo é relativa à inevitabilidade, isto é, à probabilidade de ocorrer o dano sem poder ser afastada, *durante o tempo que se segue*, por outro meio, ou sem sacrifício da coisa de outrem. Não importa quem foi o culpado: pode ter sido o próprio agente em estado de necessidade; ou outrem. Tão-pouco é de exigir-se que o agente tenha dever de atuar; nem, sequer, dever moral (G. PLANCK, *Kommentar*, III, 267; O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 104).

A explicação da permissão de atuar em estado de necessidade como exercício de direito subjetivo (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 601, texto e nota 27), ainda quando se trate de coisas perigosas (III, 584 e 588; H. TITZE, *Die Notstandsrecht*, 1 s. e 99; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 235), é inadmissível. O que está na situação prevista no art. 160, II, como o que se acha em situação de legítima defesa, pratica o ato como pode beber, comer, dormir, *como ato da vida*, ato do mundo fáctico. Não está a exercer direito subjetivo. O seu ato *não* vai entrar no mundo jurídico como ato ilícito; e é tudo. Se algum dever de reparação lhe vem a caber, o seu ato entrou no mundo jurídico como ato-fato jurídico, o que é outra coisa.

Se o dono da coisa destruída, ou danificada, ignorava, ou conhecia o estado de necessidade, não importa, para que o atualmente em estado de

necessidade invoque o art. 160, II. Se o dono teve culpa no não evitá-lo, não sòmente lhe falta direito à indenização segundo o art. 1.519, como também há de responder por perdas e danos ao agente em estado de necessidade, como a outrem que tenha sido lesado (conforme o art. 159). Há, ainda, a responsabilidade dos arts. 1.527 a 1.529.

8. LEGÍTIMA DEFESA CONTRA ATO EM ESTADO DE NECESSIDADE. – Não há legítima defesa contra o ato em estado de necessidade; mas pode haver contra o excesso, ou o ato em estado de necessidade putativo. Se o dono da coisa se opõe, atua contra direito: ou o que vai remover o perigo exerce a fôrça, que não é, então, proibida; ou argúi, depois, a resistência do dono da coisa como ato ilícito.

A obrigação de reparar que resulta do art. 1.519 de modo nenhum supõe ilicitude, nem, sequer, contrariedade a direito, por parte do que tem o dever de reparar; nem se funda na culpa do agente. O seu ato foi ato-fato, pois ao suporte fáctico que seria suficiente para o ato ser ilícito o art. 160, II, retirou o elemento contrariedade a direito, sem o qual nenhuma ilicitude se concebe. Por isso mesmo, a afirmação de ser exercício de direito subjetivo se chocaria com a de entrada do ato no mundo jurídico dando ensejo à indenização. O dever de reparar, por parte de quem causa dano a outrem, ou *a*) resulta de ato ilícito, ou *b*), se há estado de necessidade, de negócio jurídico entre o agente e o lesado, ou *c*) de *negotiorum gestio*, ou *d*) do art. 160, I e II: a última solução é tão jurídica quanto a segunda e a terceira. Essa observação, aliás, já a fizera, em 1888, A. VON TUHR (*Der Notstand im Civilrecht*, 135). A indenização, na espécie do art. 1.519, é entre as soluções *a*), *b*), *c*) e a indenização por desapropriação. o que R. MERKEL (*Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 147) notara.

9. SUJEITO PASSIVO QUANTO À REPARAÇÃO. – O dever de reparar incumbe ao que pratica o ato em estado de necessidade, salvo se obedecia a instruções daquele a que o fato perigoso lesaria, isto é, se o fêz como órgão dêsse, ou representante perante o que tem direito à reparação. A simples relação entre o agente e o que lucra com a salvação não basta a transferir a êsse, ou fazer nascer nêle, o dever de indenizar; o mandatário e o gestor de negócios sòmente teriam a ação de regresso.

O suicida tem de pagar os gastos e danos da sua salvação. Não cabe dizer-se que não consentiu; o seu não-consentimento, ou a sua vontade

contrária é inoperante, por ser, ela-mesma, contrária a direito (E. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv*, 99, 113).

Os absolutamente incapazes podem praticar atos-fatos; o louco e o menor de dezesseis anos, pôsto que não sejam responsáveis por seus atos que seriam ilícitos, por contrários a direito, respondem por seus atos em estado de necessidade. Também respondem como terceiro salvo, ou a que algo foi salvo, ainda se o agente em estado de necessidade foi o dono, possuidor, ou o que tinha consigo a coisa lesada, ou terceiro. Daí resulta que, se o absolutamente incapaz excede o que seria necessário ao salvamento seu, ou de coisa sua, ou de pessoa de outrem, ou de coisa de outrem, ou se cria em estado de necessidade, que não existia (estado de necessidade putativo), não responde pelos danos que do excesso, ou do êrro provieram, porque o seu ato seria contrário a direito, porém não poderia entrar no mundo jurídico como ato ilícito, por falta de agente delitualmente capaz.

A responsabilidade dos arts. 160, II, e 1.519 não abrange todos os danos que alguém cause *estando em situação de perigo*, mas apenas aquêles que, por ato de deliberação, para evitar o perigo, causou; assim, se A, ao sentir que o avião ia cair, se lança em pára-quedas e tomba no telhado de uma casa, não caíu no telhado da casa para se salvar, mas, se foi obrigado a aterrar e causou danos onde aterrou, o art. 160, II, incide. Não, se, no aterrar, o avião andou mais do que o aviador previu, *por culpa*, e perfurou o mostruário de cristal da loja de jóias ou destruíu algum objeto (art. 159). O mesmo raciocínio cabe quanto a outros veículos.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 186. A – Legislação

O art. 160, II, do CC/1916 corresponde ao art. 188, II, do CC/2002.

Os arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 correspondem aos arts. 929 e 930 do CC/2002.

Os incs. III e IV do art. 1.527 do CC/1916 têm correspondência no art. 936 do CC/2002.

§ 186. B – Doutrina

Como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade no Direito Civil liga-se ao substrato existente no campo de Direito Penal.

Em sentido técnico, na conceituação de von Thur, "o estado de necessidade é um perigo de um bem, jurídico alheio" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 540, n. 391). Assim, "se alguém for demandado para compor uma lesão de tal natureza, poderá opor a exceção de necessidade, resultante da finalidade inerente à própria regra asseguradora da preservação do bem jurídico alheio" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso...* cit., vol. 1, p. 540, n. 391).

Enquanto o Código Penal, na redação original, trazia o estado de necessidade como excludente da criminalidade (art. 19, III – atual art. 23, I, do CP), vindo a defini-lo no art. 20 (atual art. 24 do CP), o atual Código Civil estatui não constituir ato ilícito "a deterioração ou destruição da coisa alheia a fim de remover perigo iminente" (art. 188, II, do CC/2002).

São requisitos do estado de necessidade: (a) perigo atual que alcance um bem jurídico, não provocado voluntariamente pelo agente; (b) prejuízo indispensável a evitar o perigo iminente; (c) limitação do prejuízo em relação à sua extensão, conforme se depreende do parágrafo único do art. 188 do CC/2002; (d) proporção maior do dano evitado em face do dano infligido.

A responsabilidade no caso de estado de necessidade é objetiva e o art. 929 do CC/2002 (art. 1.519 CC/1916) dispõe: "se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito a indenização do prejuízo que sofreram".

§ 187. DEVER DE REPARAÇÃO DO DANO

1. ESTADO DE NECESSIDADE E REPARAÇÃO. – O dever de reparar o dano, no caso de ato em estado de necessidade, que tem o agente, conforme os arts. 1.519 (art. 160, II) e 1.520, não se funda no ilícito (em nenhuma das espécies, foi, sequer, contrário a direito), nem em exercício de direito (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 603). O que pratica o ato em estado de necessidade é como quem respira, ou anda, ou se senta, ou se deita: encontra ausência de regramento, *anomia*; pois a regra jurídica pré-excludente retirou a contrariedade a direito em que importariam êsses atos em estado de necessidade. Intrometer-se, aí, a idéia de direito não só seria supérfluo, como errado; em teoria geral do direito, êrro ressaltante. (Se há *dever* de praticar tais atos, isso nada tem com os arts. 160, II, 1.519 e 1.520; derivaria de *outra* relação jurídica.) O dever de reparar é, portanto, eficácia de *ato-fato jurídico*, e não de ato ilícito, absoluto ou relativo. Não há, sequer, contrariedade a direito; o art. 160, II, pré-excluíu-a. Há algo de

parecido na desapropriação por utilidade pública: o ato de desapropriar, se concorrem os pressupostos para a desapropriação, não é ato ilícito, porque, satisfeita a lei, se pré-exclui a contrariedade a direito (R. MERKEL, *Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 147). A obrigação de reparar o dano incumbe ao agente, pois foi êle que o causou. Não importa se o fêz para salvar coisa sua, ou a si-mesmo, ou se para salvar a outrem, ou a coisa de outrem.

2. ATO-FATO JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO PASSIVA PARA A REPARAÇÃO. – O ato do que atuou em estado de necessidade é ato-fato jurídico, portanto não foi contrário a direito; se teve de reparar, por ter sido sem culpa do dono da coisa o dano, houve desembôlso, que corre por sua conta, uma vez que inverteu tal soma para salvar o que é seu, ou a si-mesmo, ou corre por conta daquele a favor de quem atuou, inclusive se só se pode pensar em gestão de negócios, ou do responsável pelo perigo.

3. AÇÃO REGRESSIVA; FATOS JURÍDICOS DE QUE DERIVA. – O correr por conta daquele a favor de quem se atuou em estado de necessidade significa que o agente responsável pelo dano tem, para se reembolsar, a ação regressiva a que alude o art. 1.519, parágrafo único: "A mesma ação competirá contra aquêle em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, I)".

A responsabilidade daquele em favor de quem se danificou a coisa, quer em legítima defesa daquele, quer em ato em estado de necessidade, praticado a favor daquele, é pela gestão de negócios iniciada pelo atuante (ato jurídico *stricto sensu*), ou por outra relação entre êles, *mais* o ato-fato do atuante. Não se trata de responsabilidade por culpa (art. 159).

4. RESPONSABILIDADE POR CULPA. – O correr por conta do culpado significa que o dano causado pelo agente em estado de necessidade à coisa de terceiro há de ser ressarcido pelo agente, com ação regressiva contra o culpado. Aquêle responde pelo ato-fato jurídico, em que importa o ato em estado de necessidade; êsse, em virtude do ato ilícito, de ordinário ato ilícito absoluto (art. 159), raramente ato ilícito relativo.

A responsabilidade do culpado pelo dano à coisa do atuante em estado de necessidade é pelo ato ilícito absoluto, salvo se só importa violação de relação jurídica existente entre o culpado e o atuante. O dano sofrido pelo culpado do estado de necessidade é irressarcível.

Se foi o que se defende, ou que atua em estado de necessidade, que criou o perigo, responde pelos danos. Se foi terceiro que criou a situação de perigo, há responsabilidade do *tertius* (H. GROSS, *Die Verschuldung des Notstands*, 25 s.).

5. ABSOLUTAMENTE INCAPAZES E REPARAÇÃO. – Os absolutamente incapazes, irresponsáveis pelo ato ilícito, são-no pelos atos-fatos jurídicos: a ação do art. 1.519 vai contra êles, bem assim a regressiva, sempre que o atuante, salvando interêsses dêles, danificou bem de terceiro. Assim, o menor de dezesseis anos que adoeceu e teve de ficar na casa alugada por mais tempo do que o do prazo contratual, não sòmente tem de pagar alugueres; pode bem ser que haja outros prejuízos, regulados pelo art. 1.519. Mais: se o atuante era o dono da coisa, ou se foi êle o que sofreu o dano, o absolutamente incapaz, a favor de quem se atuou, responde segundo o art. 1.520, parágrafo único.

Se, porém, estado de necessidade não existia, a putatividade, por parte do absolutamente incapaz atuante, não pré-exclui a contrariedade a direito, e o seu ato não é ilícito, nem determina a responsabilidade do art. 1.519, por se tratar de ato ilícito e ser o absolutamente incapaz incapaz para atos ilícitos (incapacidade delitual). Se o estado de necessidade não existia (putatividade) e o atuante não foi o absolutamente incapaz, nenhuma responsabilidade tem êle pelo ato do que acreditou no estado de necessidade, pois foi ato ilícito o do atuante.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 187. A – Legislação

Os arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 929 e 930 do CC/2002.

§ 187. B – Doutrina

Com relação ao dever de reparar o dano, provocado por estado de necessidade, a doutrina exposta por Pontes de Miranda está em conformidade com o disposto nos arts. 929 e 930 do CC/2002 (arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916). Em interpretação ao parágrafo único do art. 930 do CC/2002, pode-se dizer: "quem em legítima defesa de outro, causar dano a um terceiro terá ação regressiva con-

tra aquele outro, caso este terceiro lhe mova ação de indenização. Nesse caso, aquele outro em defesa de quem se causou o dano também terá ação regressiva contra uma quarta pessoa: o causador do perigo que motivou o ato de legítima defesa" (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336, nota 2 ao art. 929).

IV. INTROMISSÃO ESTATAL OU NÃO-ESTATAL NA ESFERA JURÍDICA ALHEIA

§ 188. ESFERA JURÍDICA ALHEIA E INTROMISSÃO

1. LIMITES DOS DIREITOS. – Todos os direitos têm seus limites. Não importa se absolutos ou se relativos os direitos. Não há direitos *ilimitados*. O dono da coisa pode destruí-la, no todo ou em parte, porém não pode destruir a tela ou móvel que foi reputado indispensável à história do país. O dono do terreno pode cavá-lo pelas linhas verticais dos seus limites, mas sòmente até onde não cause dano aos vizinhos com a irrupção de águas ou desabamento de paredes. O próprio direito à vida não pode ir até onde a sua auto-tutela implique sacrifício de outras vidas: se B vai matar A, não pode B, para o evitar, fazer ruir a ponte que os separa, ou jogar bomba no trem em que A vem. Os limites podem ser *por expansibilidade* (limites de expansão) e *por compressibilidade*, ou *anfractuosidade* ou *trespassamento* (limites de compressão): *a*) se o dono do prédio B pode cortar os ramos das árvores do prédio A, que passam por sôbre o muro, o direito de propriedade de A não pode se *expandir* até lá; *b*) se, a despeito da liberdade espacializada, que é a inviolabilidade de domicílio, pode *qualquer pessoa*, de noite, penetrar na casa, sem consentimento do morador, para acudir a vítima de crime, ou de desastre (Constituição de 1946, art. 141, § 15, 2.ª parte), é que há permeabilidade, confractuosidade, limites de compressão. Todavia, a respeito da inviolabilidade do domicílio, como de outros direitos, a Constituição não foi, por vêzes, delimitadora: deixou tal função às leis ordinárias. De dia, pode-se entrar no domicílio nos "casos e pela forma que a lei estabelece" (art. 141, § 15, 2.ª parte, *in fine*). A liberdade de cultos é assegurada até onde não viole a ordem pública e os bons costumes, conceitos constitucionais (art. 141, § 7.º, 1.ª parte). A liberdade de profissão é

limitada, em seu exercício, pela lei reguladora da aptidão ("capacidade", art. 141, § 14). A respeito dos bens patrimoniais (materiais ou não), é de entender-se que a Constituição permita que a lei lhes trace limites de expansão e de compressão, ainda quando não tenha sido explícita no atribuir à lei o traçamento dêles. É o que ocorre com o art. 141, § 16, relativo à garantia constitucional da propriedade. Aí é que surgem problemas sutis quanto à extensão da competência legislativa ordinária.

2. INTERVENÇÃO SEM VIOLAÇÃO. – Das considerações que acima fizemos resulta: *a*) que a intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas, físicas ou jurídicas, não significa sempre violação dessa esfera; *b*) se a intervenção estatal é inconstitucional, ou ilegal, violação há, e o ato interventivo é ilegítimo (ato ilícito), quer ultrapasse limites de expansão quer ultrapasse limites de compressão, ou anfractuosidade ou permeabilidade; *c*) se a intervenção é de acôrdo com a Constituição e as leis, trata-se exatamente do que aqui nos interessa, – a intervenção estatal na esfera jurídica alheia, abstraindo-se da vontade, ainda presumida, do titular. Essa intervenção pode ser não-estatal, tal como acontece a respeito da entrada à noite, na casa alheia, para acudir a vítimas de crimes ou de desastres. Os princípios não são os mesmos para a entrada pelos empregados da saúde pública e pelos empregados das companhias de luz, fôrça e gás, telefones, rádios e televisão. Ali, o interêsse é público; aqui, particular.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 188. A – Legislação

O art. 141, § 15, 2.ª parte, da Constituição de 1946 corresponde ao art. 5.º, XI, da CF/1988, que trata da casa, como asilo inviolável da pessoa.

A parte final do art. 141, § 15, da Constituição de 1946, autorizava a entrada no domicílio de dia "nos casos e pela forma que a lei estabelecer". A parte final do inc. XI do art. 5.º da CF/1988 autoriza a entrada no domicílio de dia, por "determinação judicial".

O art. 141, § 7.º, 1.ª parte, da Constituição de 1946 que trata da liberdade de cultos corresponde ao art. 5.º, VI, da CF/1988, enquanto o art. 141, § 14, da Constituição de 1946 corresponde ao art. 5.º, XIII, da CF/1988. A garantia constitucional da propriedade (art. 141, § 16, da Constituição de 1946) corresponde ao art. 5.º, XXII, da CF/1988.

§ 188. B – Doutrina

Hans Kelsen, ao tratar da questão: "Por que a lei deve ser cumprida?", explica que a ordem constitucional e jurídica válida deve ser "efetivamente obedecida e aplicada por aqueles cuja conduta regulamenta". Como ordem válida é obrigatória para os indivíduos, "se as relações entre esses indivíduos foram interpretadas como deveres, direitos e responsabilidade legais, não como meras relações de poder; e se for possível distinguir o que é legalmente certo e legalmente errado, em especial o uso legítimo e ilegítimo da força" (KELSEN, Hans. *O que é Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 256).

§ 189. (A) INTROMISSÕES PERMITIDAS POR DIREITO PÚBLICO NA ESFERA JURÍDICA ALHEIA

1. INTROMISSÕES E PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO. – A contrariedade a direito também se pré-exclui se há regra jurídica que permita a alguém praticar, respeito a bens de outrem, ato que, sem essa regra jurídica, seria contrário a direito, inclusive se se trata de *agente de direito público* ou de *agregação* ou *contribuição compulsória*, ainda que não seja ao Estado ou a entidade paraestatal; *e. g.*, a vacina obrigatória, as medidas de saúde pública, no tocante a pessoas e coisas, expurgos, habite-se, regras sôbre construção, penetração em domicílio para verificação de doenças, crimes ou para limpeza, etc.

2. LIMITAÇÃO LEGAL DA ESFERA JURÍDICA E INTROMISSÃO LEGAL. – É preciso não se confundirem a intromissão *legal* na esfera alheia, por direito público, e a limitação da esfera jurídica alheia por direito público. A entrada na casa para expurgos, por parte de funcionários da saúde pública, é intromissão legal; a vacina obrigatória também o é. Não no é a proibição de corte de árvores, em faixa ao longo das estradas de rodagens (Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934, dito Código Florestal, art. 32).

3. EXEMPLOS DE INTROMISSÕES LEGAIS. – São intromissões legais, e não limitações: a entrada de bombeiros; a passagem de linhas telefônicas, telegráficas e de luz ao lado das casas, ou à frente delas, ou atrás delas, nunca por sôbre elas, se não há ruas ou estradas abertas ou planejadas; o emplacamento das ruas, nos muros e cêrcas; a numeração das casas e terrenos (OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 3.ª ed., 129); as

"licenças" para continuação de comércio; as apresentações de cães a exames; as quarentenas.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 189. A – Legislação

O Dec. 23.793/1934 foi revogado pela Lei 4.771/1965 (Código Florestal).

§ 189. B – Doutrina

A exposição de Pontes de Miranda não exige qualquer atualização doutrinária.

As intromissões permitidas pelo Direito Público tem como fundamento a prevalência do interesse público sobre o particular.

§ 190. (B) INTROMISSÕES EM VIRTUDE DE DIREITO PRIVADO

1. ATOS DE DIREITO PRIVADO INTROMISSIVOS. – Regras de direito privado podem permitir intromissões na esfera jurídica alheia e, pois, pré-excluir-lhes a contrariedade a direito. Por exemplo: o titular do pátrio poder pode castigar, moderadamente, o filho (art. 395, I), e a lesão, que daí resulte, sem sua culpa, não é contrária a direito; gestão de negócios alheios, correspondente ao interêsse ou à vontade presumível do dono do negócio (art. 1.331). Se o titular do pátrio poder causa a lesão sem ter havido razão para o castigo (*e. g.*, por êrro de julgamento, ou negligência na apreciação de resultados, que, depois, se verifica não terem sido oriundos de atos do menor), ou se o gestor de negócios sabia que o dono do negócio se oporia à sua intromissão, se a conhecesse (art. 1.332), o ato ou os atos são *ilícitos*, ali ilícito relativo (lesão da relação jurídica a que deu ensejo o pátrio poder) e absoluto; aqui, absoluto. Se o gestor de negócios não iniciou a gestão contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio, a posterior conduta contrária a essa, depois da ratificação, é o ilícito relativo, porque já se formara relação jurídica entre o gestor e o dono do negócio. Confundiu as duas situações A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 470, e I, 279, *d*), excluindo tôda invocação do art. 159 (ou § 823 do Código

Civil alemão). Ora, as regras jurídicas especiais sôbre gestão de negócios *iniciada* contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio não são regras jurídicas que lhe pré-excluam a contrariedade a direito: há contrariedade a direito e, pois, a relação jurídica que surge seria *ex delicto*; antes, oriunda da gestão mesma, uma vez que, *ex hypothesi*, se iniciou contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio, e não há qualquer relação jurídica oriunda de ato jurídico *stricto sensu*, a que o ato ou atos contrários a direito ofendessem a eficácia. Não se pode pensar em nascer relação jurídica e pelo mesmo ato, de que nasceu, ser ofendida. Tôda eficácia é, necessàriamente, *posterius* lógico. O art. 1.332 não apanha os casos em que o ser contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio foi posterior ao início da gestão (explícito, o art. 1.332, *verbo* "iniciada"; e não se há de entender diferentemente o § 678 do Código Civil alemão, *verbis* "die Übernahme", a tomada, o empreendimento): se a discrepância foi posterior, a responsabilidade não se rege pelos arts. 1.332 e 1.333 (nem pelo § 678), e sim pelo art. 1.331 e demais. Pelo fato de serem os arts. 1.332 e 1.333 mais rigorosos que o art. 159 não se segue que êste tenha retirado aos atos, que êles prevêem, a natureza de ilícito absoluto; os arts. 1.332 e 1.333 são *leges speciales* sôbre ilícito absoluto. A atribuição de responsabilidade é, aí, segundo as regras da capacidade delitual, e não segundo as regras da capacidade negocial e de atos jurídicos *stricto sensu*. (No direito alemão, o § 682 ainda vai mais longe: remete, sempre, às regras sôbre a capacidade delitual e sôbre o enriquecimento indevido.)

2. LIMITAÇÕES LEGAIS; PRINCÍPIO DA ABSOLUTIDADE E PRINCÍPIO DA INTERADAPTAÇÃO OU RELATIVIDADE DOS DIREITOS. – Quando as regras jurídicas formulam a "intromissão", em têrmos de regra que serve à estruturação da categoria jurídica, de que são exemplo o art. 557 ("Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se êste fôr de propriedade particular") e o art. 588 (entrada no terreno vizinho para decotar a cêrca viva ou reparar o muro divisório), não há intromissão: o conteúdo do direito foi limitado aquém do que se pensaria tivesse de ser, se fôsse *a priori* o conteúdo de direito de propriedade e concebido êsse em têrmos de absoluta retilinidade. Intromissão sòmente, e de intromissão sòmente se há de falar, quando a regra jurídica concerne a outro instituto e a invasão é derivada do *princípio da interadaptação dos direitos e deveres*, que inspira o direito contemporâneo, em vez do *princípio da absolutidade dos direitos e deveres*. Já a respeito do exercício regular dos direitos aludimos àquele princípio. O abuso do direito é ato ilícito, por-

que é exercício irregular (arg. ao art. 160, I, 2.ª parte). A intromissão é ato ilícito, no que excede o seu conteúdo. Se ilícito relativo, ou ilícito absoluto, depende de se saber se, na espécie, se infringiu, ou não, relação jurídica entre o ofendido e o ofensor. No caso do titular do pátrio poder, que lesou sem ter merecido castigo o menor, há infração da relação jurídica de pátrio poder e dá ela ensejo à suspensão ou à perda do pátrio poder (arts. 394 e 395); e pode haver ilícito absoluto (art. 159), com o dever de reparação.

3. Espaço aéreo e subsolo. – Uma das intromissões permitidas é a de quem quer que esteja acima e abaixo das propriedades imobiliárias enquanto o ato, na altura, ou na profundidade, não atinge o interêsse do proprietário em proibi-las. Seria de discutir-se se se trata de *limitações* à propriedade, ou de *intromissões* permitidas; isto é, se é o conteúdo mesmo do direito, que se concebeu "flácido", ou "permeável", nas extremidades verticais dos terrenos, ou se as intromissões resultam de permissões, devido a se haverem precisado outros direitos, tais como o de navegação aérea, o de perfuramento das cidades a grande profundeza, etc. O problema é, ao nosso ver, de coexistência de direitos, e resolve-se segundo o princípio de interadaptação dos direitos. Quanto aos limites, a propriedade compreende o solo, a coluna aérea e o subsolo (melhor do que "la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous", Código Civil francês, art. 552, e do que "erstreckt sich", estende-se ao espaço acima e abaixo, Código Civil alemão, § 905, é o "abrange" do Código Civil brasileiro, art. 526). Por isso mesmo, não tem a pessoa de tolerar que se construa, a duzentos metros de altura, por exemplo, varanda saliente do prédio vizinho, que esteja por sôbre a linha vertical divisória, ou a passagem de fios telegráficos, de luz e fôrça, ou que rodem sob o seu prédio trens ruidosos.

As limitações por vizinhança (direitos de vizinhança) não são intromissões. São diminuições de conteúdo; portanto, em sentido preciso, *limitações*.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 190. A – Legislação

O art. 395, I, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.638, I, do CC/2002. O art. 1.331 do CC/1916 tem correspondência no art. 861 do CC/2002. O art.

1.332 do CC/1916 corresponde ao art. 862 do CC/2002. O art. 557 do CC/1916 corresponde ao art. 1.284 do CC/2002 e o art. 558 do CC/1916 ao art. 1.283 do CC/2002.

§ 190. B – Doutrina

Quanto à propriedade do solo e subsolo reporta-se ao contido na atualização feita na parte correspondente aos bens.

V. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA

§ 191. AS JUSTIÇAS NO PASSADO E NO PRESENTE

1. CONCEITO DE JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA; LEGÍTIMA DEFESA E ATO EM ESTADO DE NECESSIDADE. – A *justiça de mão própria* é a aplicação da regra jurídica pelo próprio interessado, quando aquêle, que devia atender à incidência da regra jurídica, a ela não atendeu. Não se confunde com o ato de legítima defesa, ou com o ato em estado de necessidade, porque êsses se passam no mundo dos fatos, subjacente ao mundo jurídico, ao passo que a justiça de mão própria supõe que a regra jurídica já tenha incidido, portanto que já se esteja no mundo jurídico, e, pois, que o interessado mesmo dê aplicação à regra jurídica desatendida. O interessado põe-se no lugar que, depois que a justiça se tornou monopólio do Estado, a êsse, e não a particulares, caberia. O proprietário da casa alugada não mais pode desalojar o inquilino; o credor não pode ir apanhar, no patrimônio do credor, aquilo com que se pague; nem sequer se permite, no direito brasileiro, o arresto e a penhora de mãos próprias. A justiça de mão própria nem é legítima defesa, nem ato em estado de necessidade, nem exercício do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, que o justiçador de mão própria realiza. É aplicação extrajudicial da regra jurídica; de modo que o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, de que se trata, é *res deducta* pelo interessado, perante si-mesmo. O justiçador de mão própria não se substitui ao devedor, ao obrigado, ou excepto; substitui-se ao juiz.

O princípio da proibição da justiça privada alcança qualquer julgamento de mão própria, ainda o declarativo: *Ius regulariter non permittit quenquam ius sibi dicere, tam quoad ius quam quoad factum* (ALVARO

VALASCO, *Decisionum Consultationum*, II, 410 e 412). O titular do direito pode afirmar que tem o direito, ou alegando-o, deduzindo-o em juízo, ou informando a alguém, ou comunicando ao seu devedor o que sôbre o assunto pensa, ou implìcitamente exigindo prestação, ou exercendo ação ou exceção. Não pode dar ao que enuncia eficácia de julgado em causa própria. Tal o princípio.

2. PRINCÍPIO DO MONOPÓLIO JUDICIAL E JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – A justiça de mão própria teve grande importância no direito primitivo, inclusive romano, germânico e português. A substituição pela justiça estatal foi por *princípio de monopólio estatal da justiça*, que supõe a suficiência do Estado – onipresença, eficiência – para fazer atendido todo o direito objetivo. Ineficiente contra o mais forte, a justiça de mão própria é perigosa contra os mais fracos e, em relação aos de igual fôrça, perturbadora da ordem pública. A política legislativa do direito romano foi mais no sentido de punição da justiça de mão própria *proibida* e da justiça de mão própria *injusta*. Nos nossos dias, rareando os casos, precisou-se que a justiça de mão própria, quando é permitida, só o é se a decisão, que, *in casu*, se desse, seria favorável ao que a exerce. Principalmente, mostrou-se que só excepcionalmente a justiça de mão própria é *satisfativa*. Bastaria isso para a distinguir da execução forçada (estatal). Parece-se, sem se identificar, ou, sequer, se incluir na mesma classe, com a prisão em flagrante por qualquer do povo (Código de Processo Penal, art. 301). A imediatidade e a superveniência do assentimento do devedor fazem satisfativo o ato de justiça de mão própria. Ou o ato, em si-mesmo, pela inelidibilidade dêle após ocorrer, é satisfativo; aí, e sòmente aí, se pode falar de auto-satisfação (Selbstbefriedung). Teremos ensejo de ver que alguns sistemas jurídicos excluem, de todo (*de lege ferenda*, sem razão), a satisfatividade.

3. DADOS HISTÓRICOS. – (a) Antes da Lei das XII Tábuas, a justiça privada existia, pela rudimentariedade da nascente justiça estatal (justiça de mão própria > justiça estatal). A Lei das XII Tábuas formalizou-a, sem eliminar, sequer, reminiscências da vingança privada (justiça de mão própria aformal + justiça de mão própria formal > justiça estatal). O pressuposto da necessidade (urgência + irremediabilidade) nem sempre aparecia; continuava de existir justiça privada normal, isto é, não substitutiva da justiça estatal. A justiça privada primitiva, anterior à justiça estatal, permanecia (*fur manifestum*, *adulterium*, *membrum ruptum*). A justiça privada formal

não se transformou, desde logo, em estatal; os atos privados solenizavam-se, e o *princípio da tutela do direito objetivo* fazia subordinar-se a exame posterior a questão de terem sido, ou não, observadas as solenidades. O interêsse público começava de intervir. A justiça de mão própria formal não levou à justiça de mão própria aformal, então *restante*; levou à justiça estatal. A justiça de mão própria formal ou se transformou em estatal, ou em conteúdo de direito subjetivo privado: o que era pretensão à tutela jurídica própria, por ato ilícito, ou simples fato jurídico, fêz-se direito subjetivo de direito privado; o ato que seria sentença passou a ser exercício de direito, tal como se observa na evolução até o art. 558 (cp. Código Civil argentino, art. 2.663; alemão, § 910).

Deve-se a G. F. PUCHTA (*Vorlesungen*, I, 180) ter mostrado que o direito romano não possuía o princípio geral da vedação da justiça de mão própria; quer dizer: o monopólio estatal da justiça nunca se completou; e ter reformulado o que se atribuía ao direito romano, frisando: o ato ilícito não se faz lícito, porque se praticou para justiça privada; nem o lícito se torna ilícito, se tal o seu fim. Causa psicológica, acrescentamos: o direito romano nunca chegou à síntese entre o desenvolvimento do Estado e a independência do indivíduo, pela criação de direitos públicos subjetivos contra o Estado; donde a conciliação por *modus vivendi*.

Na L. 7, D., *ad legem Iuliam de vi privata*, 48, 7, CALISTRATO disse: "Se os credores têm ação (agant) contra os seus devedores, devem pedir, por intermédio do juiz, o que crêem que se lhes deve. Se não, se intervieram em coisa do devedor, sem que alguém o tenha concedido, o divino Marco Aurélio decretou que não tenham direito ao crédito. Temos, aí, caso de caducidade do direito, por culpa. As palavras do decreto são essas, acrescentou CALISTRATO: ótimo é que, se crês que algo tens para pedir, exerças as ações; enquanto isso, o outro (ille) deve permanecer na posse, (pois que) és demandante; e como Marciano houvesse dito: não fêz (êle) nenhuma violência, disse César: '¿e crês tu que só há violência se se fere a homens? violência é, e sempre, quando alguém não reclama por meio do juiz o que crê que se lhe deve; e creio que não convém à tua dignidade e à tua piedade fazer algo contrário a direito (non iure facere). Assim, quem quer que me haja provado que possui a coisa do devedor que êle-mesmo não lhe entregou, sem intervenção do juiz, temeràriamente, e que se fêz justiça a si-mesmo na matéria (sibi ius in eam rem dixisse), não terá direito ao crédito'. O *Decretum Marci* supunha que a constrição tivesse sido contra a vontade do devedor (id nullo concedente). Não podia ser punido pelo

furto, ou roubo; o decreto lançou mão da caducidade. Tudo leva a crer que a regra jurídica se não estendia aos direitos reais.

O que interessa é saber-se se, estando compostos os elementos da falta do juízo e da perda ou extrema dificultação do direito, podia ser usada a justiça de mão própria. A resposta é afirmativa, com base na L. 10, § 16, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 43, 8 (OTTO WENDT, Das Faustrecht, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 21, 281 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 7.ª ed., 291; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 676; G. F. PUCHTA, *Pandekten*, 9.ª ed., 123 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 621; P. F. GIRARD, *Manuel*, 4.ª ed., 965), ou sem precisar dela. É interessante observar-se que: F. REGELSBERGER extraía o princípio da "natureza das coisas", melhor diríamos do sistema jurídico romano; G. F. PUCHTA (*Vorlesungen*, I, 182; *Pandekten*, 124) no próprio *Decretum Marci* via a permissão da justiça de mão própria onde a tutela judicial faltasse, pois "optimum" é que se exerçam as ações, se algo se crê que se tem a pedir; H. TITZE (*Die Notstandsrechte*, 57) via na L. 7, § 3, D., *quod vi aut ciam*, 43, 24, a prova da permissão da justiça de mão própria *ex magna et necessaria causa*.

(b) No direito germânico, ao tempo das invasões, já era rara a auto-tutela, devido às fortes simetrias de centro, que eram os reis. Na Idade Média, há regressão à justiça de mão própria sem a *magna et satis necessaria causa*, portanto à auto-tutela primitiva, ainda onde havia proibições legais. Inclusive a *Faida*, ou guerra privada, que em grande parte se originou da impotência dos tribunais para realizar o direito objetivo e pacificar. A Igreja obteve que se excluíssem alguns dias da semana, ou do ano (H. BRUNNER, Quellen und Geschichte, *Encyclopädie*, 4.ª ed., 240; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, 335 e 338): a *treva de Deus*, "treuga Dei". Do meado ao fim do século XI, há a paz de Deus, na Alemanha, seguida da paz pública, bem ineficientes aliás. Daí a explicação de serem tantas vêzes repetidas as proibições da justiça privada; o monopólio estatal da justiça, lenta e sangrentamente, se estabelecia. Na *Lex Visigothorum* o influxo romano é evidente. Na Alemanha, a paz pública de Worms (1495) é o marco da monopolização estatal e da recepção oficial do direito romano.

É preciso observar-se que em quase todos os diplomas de paz pública ainda se abria exceção para a penhora privada e para casos de necessidade; no mais, o que aparecia ou era regressão ou era atraso do feudalismo.

4. DIREITO CONTEMPORÂNEO. – (a) No Código Civil austríaco, art. 19, proíbe-se a justiça de mão própria; se alguém a exerce, é responsável por isso. Ainda quando a decisão estatal, a respeito da *res deducta*, teria de ser favorável, a justiça de mão própria é ilícita. É ilícita, portanto, em si-mesma (J. UNGER, *System*, II, 338 s.). Mas, a respeito do esbulho, se a retomada da posse é imediata (art. 344; Código Civil brasileiro, art. 502; argentino, art. 2.504; alemão, § 859; suíço, art. 926), permite-se a justiça privada. O que, em virtude de justiça privada, se tomou, volta, e indenizam-se os danos. Não há, porém, penalidade. É interessante observar-se que tal contrariedade a direito, inexcetuável, pôde coexistir com a não-punibilidade da justiça privada em si-mesma (M. VON STUBENRAUCH, *Kommentar*, I, 8.ª ed., 56): o credor que executa, pela fôrça, a obrigação, não comete crime de extorsão; o que penhora de mão própria não comete crime de roubo. A doutrina percebeu a que injustiças levaria a proscrição absoluta, inexceptuável, da justiça de mão própria; e, satisfeitos os pressupostos da *falha* da justiça estatal e da irreparabilidade, admitiu-a (J. UNGER, *System*, II, 343), ainda fora das espécies expressas (arts. 1.321 e 1.322, que se referem à tomada de animais de outrem que se acham nos terrenos de alguém, para segurança do crédito à indenização).

(b) No direito suíço, permite-se a justiça privada quando, para assegurar pretensão justa, alguém a exerce, se a tutela judicial não pode ser obtida a tempo e sòmente pelo ato de justiça privada se evita a perda do direito ou a grande dificultação da realização dêle (Código das Obrigações de 1911, art. 52, alínea 3.ª). Exclui-se, portanto, qualquer caso de satisfação: só há a justiça privada *cautelar* ou *assegurativa* (*aliter*, o direito alemão, o argentino e o brasileiro). O Código Civil suíço, art. 926, 2.ª alínea, possui regra jurídica semelhante ao art. 502, *verbo* "esbulhado", do Código Civil brasileiro; o Código das Obrigações, art. 57, a regra jurídica da tomada em segurança dos animais que invadem o terreno, mas apenas como direito de retenção, ou como direito de os matar.

(c) No direito inglês, o *self-help* foi proibido no século XIII, mas êle existiu por ocasião das guerras civis, regressivamente. O princípio proibitivo quase se apagou nos séculos XIV e XV. Quando a *kings peace* (paz do rei), a ordem pública assegurada pelo Estado, se firmou, a justiça de mão própria, pacífica, pôde coexistir com ela. O direito inglês não confundiu legítima defesa e justiça de mão própria, *self-help* e *self-defense*. Distinguiu o *self-help* em caso de contrato e o *self-help* em caso de delito (expulsão do intruso, isto é, de quem se introduziu no sítio, casa, escritório, etc.; a

tomada do que foi retirado do prédio; retomada de bens, *retaking of goods*; destruição de estado de fato lesivo, *e. g.*, do muro que o estranho levantou; apanhia para segurança do objeto que causa dano, *e. g.*, do gado ou cão que invade o terreno).

(d) No direito francês, caíu-se no apriorismo do * < *Nul ne peut se faire justice à soi-même*; e ainda entre os mais recentes estudos só se cogita da auto-tutela *em atraso* ou *regressiva* ("survivances"), sem se prestar a atenção à auto-tutela subsidiária ou complementar (*e. g.*, RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en general*, IV, 271-280 s.; L. CRÉMIEU, *La Justice privée*, 1 e 265). RENÉ DEMOGUE (IV, 271 s.) englobou sob o nome de justiça pessoal, sem qualquer meditação da diferença entre mundo fáctico e mundo jurídico, legítima defesa e estado de necessidade, mas admitiu, com razão, que o proprietário da coisa roubada a retome, ou se faça restituir com ameaças não puníveis, ou de ação judicial, ou que alguém retire do seu terreno coisas de outrem. Posteriormente, A. VALLIMARESCO (*La Justice privée en droit moderne*, 419-457) estudou os casos de justiça privada em direito francês.

No entanto, a questão já havia sido bem posta, conforme se vê do *Répertoire* de MERLIN, *verbis* "Voies de fait", por LAJUNIAIS, a propósito do princípio * < *Nul ne peut se faire justice à soi-même*: "Ce serait donc une maxime *fausse* et *dangereuse* d'avancer indistinctement comme certains auteurs le font, que toutes voies de fait sont défendues et doivent être reparées par provision. Il y a des voies de fait qui sont des véritables délits, au moins des fautes punissables et qui pour la plupart doivent être avant tout reparées; il en est de formellement autorisées ou tolérées par la jurisprudence". O pior é que, depois, juntos se rebelavam contra a máxima, ou confundiam justiça privada com o direito de retenção (L. GUILLOUARD, *Traité du Droit de rétention*, 268 s.), ou com a pretensão à resolução do contrato (R. CASSIN, *De l'Exception tirée de l'inexécution*, 337 e 360), ou com a legítima defesa (P. LALLEMENT, *L'État de nécessité*, passim; L. CRÉMIEU, *La Justice privée* 281; R. CASSIN, *De l'Exception tirée de l'inexécution*, 330 s.).

Citam-se no direito francês como casos de justiça privada: o art. 1.657 do Código Civil francês (A. VALLIMARESCO, *La Justice privée en droit moderne*, 422), que absolutamente nada tem com isso, pois apenas se trata de direito legal de resolução, direito formativo extintivo; o caso do proprietário do terreno, se apanha os animais que danificaram a sua propriedade (Lei francesa de 4 de abril de 1889, Título VI, art. 1), limi-

tação ao direito de propriedade, e não *mais* justiça privada (sem razão, portanto, os que caem na *contradictio in terminis* de falarem de "droit legitimé par la loi de se faire justice à soi-même", e não têm sido poucos); a execução da obrigação pelo credor à custa do devedor, contra o *Nemo praecise potest cogi ad factum* (Código Civil francês, art. 1.142, que aliás o excetua nos arts. 1.143 e 1.144, estendido pela doutrina a todos os casos de impossibilidade de impor a execução, que não são, como também os previstos literalmente pela lei, atos de justiça privada, pois precisam de autorização judicial); os casos que precisariam de autorização e a jurisprudência dispensou-a, por se tratar de reparações necessárias ao prédio alugado, mas, aí, de modo nenhum se procede a justiça de mão própria, pois o sistema jurídico ou os põe na categoria da gestão de negócios, ou regula a indenização pelos princípios do enriquecimento injustificado (a jurisprudência *revelou* regra jurídica); a tomada dos bens do locatário (penhor legal), com derrogação do art. 819 do Código de Processo Civil francês, uma vez que falta, no direito francês, a regra do art. 779 do Código Civil brasileiro, – o que seria justiça de mão própria, se se dispensasse, depois, a ratificação judicial, ou a imediata citação, e simples revelação do direito de começar a execução, se necessária aquela ou essa; o direito de resolução, ou de resilição, em vez da pretensão à resolução, ou à resilição, por denúncia "cheia", seja por culpa grave, seja em caso de impossibilidade da continuação do contrato, *se* a lei não previu tal direito, é revelação jurisprudencial, contra a letra do art. 1.184 do Código Civil francês, de regra jurídica, e não justiça de mão própria (sem razão, R. CASSIN, *De l'Exception tirée de l'inexécution*, 344, 337 e 349). A espécie merece maior exame. O direito francês não havia adotado a denúncia. A jurisprudência entendeu criá-la. A Côrte de Ruão, a 23 de janeiro de 1867, decidiu que ao ator, se não podia representar, por culpa do diretor, era permitido contratar com outrem antes da resilição, para poder ganhar a vida. Semelhantemente, a Côrte de Cassação, a 1.° de maio de 1889 (engenheiro), a Côrte de Cassação Civil, a 4 de janeiro de 1910 (empregado corretor), a Côrte de Poitiers, a 9 de junho, 12 de junho e 23 de dezembro de 1908 (empreitada) e outros tribunais. Os mesmos problemas tiveram o direito português e o brasileiro, resolvendo-se a doutrina pela criação de regras jurídicas especiais a tais contratos, inspiradas no Código prussiano (*Allgemeines Landrecht*, Parte I, Título 11, arts. 132-139; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 859, 670), com a categoria jurídica da denúncia. Hoje, há regras jurídicas como as do art. 1.226 do Código Civil brasileiro (cf. Código suíço das Obrigações, arts. 352-354). Nada têm tais regras –

escritas ou não escritas – com a justiça de mão própria. É preciso não se confundir a necessidade, atendida pelo legislador, ou pelo jurislador (doutrina ou juiz), com a necessidade pressuposto de justiça privada.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 191. A – Legislação

O art. 502 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.210, § 1.º, do CC/2002. O art. 1.226 do CC/1916, que tratava da justa causa para que o locador tenha por findo o contrato, não tem dispositivo correspondente no Código atual.

§ 191. B – Doutrina

A exposição doutrinária feita por Pontes de Miranda não necessita de qualquer atualização. Nos casos excepcionais em que o Direito Civil permite ainda as condutas unilaterais, em caráter privado, diante da impossibilidade de o provimento jurisdicional estar presente no momento na iminência da violação de um direito, ou mesmo para evitar o seu perecimento, em face da ausência de confiança do jurisdicionado no altruísmo alheio.

Ademais, se a autotutela é exercida fora dos limites estabelecidos pela lei, o fato é definido como crime contra a Administração da Justiça, isto é, o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

§ 192. INELIDIBILIDADE DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA

1. Se a justiça de mão própria pode vir a desaparecer. – A justiça de mão própria só existe onde o juízo deveria ter sido criado, e não no foi, ou onde o juiz deveria funcionar, e não pode, ou não quer. De qualquer modo, o titular do direito, que teria de exercer a pretensão à tutela jurídica estatal e utilizar o processo, exerce a auto-tutela. Tanto se distingue da *justiça estatal* quanto da *justiça arbitral*, que foi, històricamente, a forma intermédia entre elas. Se a justiça estatal falta, o direito objetivo só se pode realizar pelo atendimento do devedor, pelo obrigado, pelo sujeito passivo da ação ou da exceção, ou pelo titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, portanto, aqui, pela justiça privada.

A justiça de mão própria, embora reduzida a mínimo, não pode, portanto, ser eliminada, de todo, da vida. Onde a imperfeição ou ineficiência do Estado se manifesta pode ela aparecer; e o jurista tem de dar solução aos casos que se apresentam. Não basta dizer-se que o sistema jurídico é totalmente adverso a ela, ou que, *a priori*, ou em regras jurídicas escritas, a reprova. Sociològicamente, a justiça de mão própria ou indicia *atraso* do grupo social, ou *regressão* ocasional (guerras, revoluções, calamidades), ou, o que ainda não pôde ser eliminado, a não-onipresença, de fato, ou a ineficiência policial e judicial do Estado. A última forma submete-se, ela-mesma, a regras jurídicas de pressupostos. Se concorrem os três pressupostos da *falta*, no momento, da justiça estatal (*e. g.*, morreu o juiz e o substituto não chegou, ou o juiz está longe), da possível *perda* ou *grande dificultação* da realização do direito e da justiça do *petitum* a si-mesmo, não é contrária a direito e, pois, não é ilícita a justiça de mão própria. Se é satisfativa, ou sòmente assegurativa, a prestação jurisdicional a si-mesmo, depende de bastar, *in casu*, à satisfação, ou não bastar à satisfação o fato da tomada. Onde cabe a justiça privada, a legítima defesa contra ela não cabe: o ato seria contrário a direito.

A auto-tutela, que fôra a única forma de tutela jurídica, fêz-se forma esporádica ao lado da tutela jurídica estatal, com ou a despeito das proibições *a priori*, e finalmente se reduziu a meio auxiliar, subsidiário, para os casos em que falte a tutela estatal e seja urgente tutelar-se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção.

2. FATÔRES PSÍQUICOS INDIVIDUAIS. – Tendo de ser, conceptualmente, exercida pelo indivíduo, pela *pessoa*, a justiça de mão própria, parte, de ordinário, do titular do direito, pretensão, ação, ou exceção. Nela não pode caber o elemento superexcitação do indivíduo, que aparece na vingança, razão por que a vingança sòmente interessa ao direito como elemento de suporte fáctico de atos ilícitos. No conceito de vingança não está o propósito de se atender (= realizar) o direito objetivo: a ato ofensivo opõe-se ato ofensivo, ao contrário a direito o contrário a direito; em vez de se evitar aquêle (legítima defesa), ou de se aplicar, através do Estado, ou de mão própria, ao ato ofensivo a regra jurídica que o previu. Tôda vingança, por isso mesmo, é contrária a direito, se *ofende* alguma esfera jurídica.

A justiça de mão própria pode ser exercida pelo titular, pelo representante legal e pelo que tem podêres de representação. Também pelo gestor de negócios (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 121; G. PLANCK, *Kommentar*,

I, 576; H. REHBEIN; *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 344; sem razão, P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 671; C. CROME, *System*, I, 540); exatamente porque a gestão de negócios se tem de pautar pelo que pode e quer o dono do negócio. A justiça de mão própria por parte das pessoas jurídicas exerce-se por seus órgãos. A legitimação passiva é conforme a legitimação passiva perante a justiça estatal (F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 67).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 192. B – Doutrina

Ao desenvolver a sua argumentação sobre a justiça de mão própria na falta imediata da justiça pública, Pontes de Miranda sintetiza: "A autotutela, que fora a única forma de tutela jurídica, fez-se forma esporádica ao lado da tutela jurídica estatal, com ou a despeito das proibições *a priori*, e finalmente se reduziu a meio auxiliar, subsidiário, para os casos em que falte a tutela estatal e seja urgente tutelar-se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção" (§ 192, 1).

Todavia, o desforço pessoal e privado só se torna legítimo nos casos autorizados em lei e não de maneira genérica, com retorno à justiça de mão própria do passado.

Hodiernamente, o Direito brasileiro, em situações excepcionais, descritas em lei, admite o exercício da autotutela. No Código Civil vigente é possível encontrar-se a autotutela no desforço físico imediato para o proprietário se manter na posse em casos de esbulho ou turbação, legítima defesa e estado de necessidade.

§ 193. A SEMELHANÇA COM OUTRAS CATEGORIAS

1. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA E LEGÍTIMA DEFESA. – Muitas vêzes confundem os juristas legítima defesa e justiça de mão própria. Por exemplo: tomar ao art. 502 (argentino, art. 2.504; alemão, § 859), no que concerne à turbação, como caso de justiça de mão própria, e é, *in casu*, de legítima defesa que se trata; se A permite que B, no dia tal, tome posse do sítio, posse que lhe é transferida em virtude de acôrdo, já estando ou podendo B se pôr em situação de poder fáctico sôbre o sítio, qualquer atividade impeditiva

de A permite a legítima defesa de B; o locador que se reserva a entrada no quintal, ou outra dependência da casa, não estipulou justiça de mão própria e, se o locatário o impede, *e. g.*, alterando a fechadura do portão, a atividade do locador para entrar é em legítima defesa.

2. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA E ATO EM ESTADO DE NECESSIDADE. – A justiça de mão própria não se confunde com o ato em estado de necessidade (art. 160, II). Primeiro, porque a justiça de mão própria supõe contrariedade a direito, desatendimento do direito objetivo, para que se possa pensar em aplicação dêle pelo próprio titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção; o ato em estado de necessidade exclui conceptualmente, que haja ato contrário a direito da parte daquele contra quem vai a ofensividade do ato em estado de necessidade. Segundo, o estado de necessidade é elemento fáctico que serve a conteúdo de regra jurídica pré-excludente; a justiça de mão própria é ato que já se pratica a propósito de fatos jurídicos, que tiveram ou têm eficácia. Donde ser de graves conseqüências o êrro de se falar de justiça privada (*Selbsthülfe*) agressiva, que seria a justiça de mão própria ou justiça privada no sentido exato, e a defensiva, que abrangeria a legítima defesa e o ato em estado de necessidade. Em cada um dêles há elemento do outro, mas o senso largo, com a dicotomia, conservaria referência à tutela jurídica, à justiça, que se encontra num e não se pode encontrar nos outros. O elemento "defesa", em senso lato, é comum; porém então teríamos de dizer: a defesa compreende a justiça de mão própria, a legítima defesa e o estado de necessidade, o que não teria qualquer valor científico.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 193. A – Legislação

O art. 502 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.210, § 1.°, do CC/2002. O art. 160, II, do CC/1916 corresponde ao art. 188, II, do CC/2002.

§ 193. B – Doutrina

A doutrina moderna coincide com aquela desenvolvida por Pontes de Miranda.

§ 194. PRESSUPOSTOS DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA

1. REGRA JURÍDICA ESCRITA E REGRA JURÍDICA NÃO-ESCRITA A PROPÓSITO DE PRESSUPOSTOS. – Ou o legislador determina as espécies em que cabe a justiça de mão própria, ou não as determina, e terá o intérprete de revelar a regra contida no sistema jurídico, porque o juiz não pode evitar que lhe venham a exame casos em que o titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção atuou, ou atua, em justiça própria. De qualquer maneira, a justiça de mão própria só é admissível se a sentença estatal *seria* favorável ao que a exerce. Não se diga que se faz pressuposto um *posterius*: se a sentença estatal seria favorável, a regra jurídica, que o justiçador invoca, incidiu; portanto, agiu bem se foi justa a solução dada por êle. Daí atuar a seu risco, ainda sem culpa.

2. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS. – Os pressupostos da justiça de mão própria são: *a*) o não ser possível obter-se, a tempo, a tutela jurídica prometida pelo Estado (= o exercício da pretensão à tutela jurídica estatal seria tardio); *b*) o não se poder aguardar, sem dano irreparável, que a tutela jurídica estatal se dê (= há perigo de ser frustrada, ou tornada extremamente difícil a realização de que se faz urgente); *c*) justiça da *res deducta*. Não elide a possibilidade da justiça de mão própria a circunstância de que, não sendo exercida, haveria o caminho da reparação do dano. Naturalmente, só se pode pensar em justiça de mão própria por parte de quem poderia exercer, perante o Estado, a pretensão à tutela jurídica e nos têrmos em que a poderia exercer e *ser atendido pelo Estado*. Enquanto pode exercer a pretensão à tutela jurídica o autor, ou o réu, que não tenha, no mérito, razão (= que receba sentença desfavorável), sòmente pode exercer a justiça de mão própria quem poderia exercer a pretensão à tutela jurídica pelo Estado e teria sentença favorável. Não há justiça de mão própria para execução do que não poderia ser objeto de *pretensão à execução* (*e. g.*, tomada de bens inalienáveis, restabelecimento da vida conjugal), nem para a pretensão deduzida (*res deducta*), que já foi objeto de sentença trânsita em julgado, nem para cumprimento de direito mutilado (sem pretensão, ou sem ação, ou de eficácia coberta por alguma exceção). Tratando-se de justiça de mão própria para segurança, *ad instar* do arresto, do seqüestro e das outras medidas cautelares, é preciso que a coisa seja arrestável, ou seqüestrável, ou por outro modo a coisa possa ser constrita, ou a pessoa depositável.

O direito, a pretensão, a ação, ou a exceção subordinada à *exceção* não pode ser objeto de justiça de mão própria (G. PLANCK, *Kommentar*,

I, 4.ª ed., 574; sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 591, P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 670, e P. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 59, excluem as "exceções" ligadas aos §§ 273 e 320, quer dizer o direito de retenção e a exceção *inadimpleti contractus*, art. 1.092). Certa, a doutrina suíça (H. OSER, *Kommentar*, 222).

3. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. – A justiça de mão comum independe de pressuposto da culpa daquele que a ela é submetido. Vai contra o incapaz, contra o que perdeu os sentidos, contra o que se acha em êrro (*e. g.*, A quer destruir a casa porque crê que a casa é sua, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 592). Tão-pouco, se há culpa do que a pretende exercer, há de ser vedada a justiça de mão própria, inclusive se o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, recusou, antes, a prestação, ou se, em tempo, deixou de exercer a pretensão à tutela jurídica do Estado.

Os pressupostos de que falamos excluem tôda justiça que seria atraso do grupo social, ou *regressão* ocasional. A justiça de mão própria há de ser de acôrdo, e não contrária a direito; e há de ser ao nível da civilização a que pertence o sistema jurídico.

4. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – A justiça de mão própria sòmente se permite se, excepcionalmente, o sistema jurídico não a condena; portanto onde se abre exceção ao *princípio do monopólio estatal da justiça*.

O direito brasileiro não possui princípio geral, escrito, que seja limitação àquele. Nem a autonomia da vontade pode estabelecer casos em que se exercite a justiça de mão própria. Nenhum negócio jurídico, inclusive contrato, pode criar "direito" à justiça de mão própria (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 124). No direito comum, o *pactum de ingrediendo* era usado para que o credor tomasse posse da coisa se o devedor não pagasse (H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 6.ª ed., 685). Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 9 (Lei de Afonso IV), § 4, dizia-se que "nenhum creedor nom possa penhorar seu devedor em algum caso, ainda que tenha contra êle sentença"; mas logo se acrescentava (§ 5): "se em algum contrauto fôsse acordado pelas partes, que o creedor podesse per sua authoridade penhorar o devedor, nom lhe pagando a dívida ao tempo certo, nom o poderá por tanto penhorar por si, *salvo achando êle êsse penhor de todo ponto desembarcado sem outra contradiçom*, em tal guisa que se nom podesse hy seguir alguã reixa a dita penhora, e em outra guisa nem poderá êle fazer

a dita penhora per sy meesmo sem authoridade de Justiça, ainda que lhe seja dado poder pera o per sy fazer no dito contrauto; porque disserom os Sabedores, que compilarom as Leyx Imperiaes, que non deve nascer aazo de injuria da Ley, ou contrauto, donde nasce o Direito". A Ordenação passou às Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 5, e às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 57. A reação dos juristas nos Estados em que se recebeu a L. 3, C, *de pignoribus*, 8, 13 (aliás "autorictate praesidis"), ou a regra jurídica que se adotou em Portugal, foi grande: *e. g.*, SAMUEL STRYK (*Praelectiones viadrinae de cautelis contractuum*, Seção 2, Cap. I, § 36, *in fine*) reputou contra a moral e a ordem pública o pacto, *bonis moribus et ordini contrarium*; e muitos o seguiram. As Ordenações Filipinas só admitiam que se cumprisse o pacto (e já isso bastava para que se não reputasse ilícito, por violação dos bons costumes e da ordem pública), "achando o penhor de todo desembargado, e sem alguma contradição, em maneira que se não possa seguir rixa alguma sôbre a penhora": a regra jurídica limitativa sòmente concernia à *eficácia*, e não à *validade*, nem, com maioria de razão, à *existência*. O pacto existia e valia. Eficaz sòmente era se ocorria o que a Ordenação do Livro IV, Título 17, pr., previa. Surgia, porém, divergência quanto ao conceito de "contradição". ¿De que contradição se havia de tratar? ¿A simples contradita verbal, em têrmos de enunciado negativo do direito, ou em têrmos de fato, com ou sem armas? ÁLVARO VALASCO (*Decisionum Consultationum*, II, 412), depois de mencionar o argumento de que a letra da lei induz "repugnantiam plus quam verbalem", responde que a "repugnantia clamorosa tumultum facit, & scandalum in populo expellente homine privato, et verbum, *rixa alguma*, comprehendit etiam verbalem". Para que a justiça de mão própria não se desse no caso do pacto *de immittendo* ou *de ingrediendo*, bastaria a "repugnantia verbalis", a repugnância "cum protestatione sui iuris". SILVESTRE GOMES DE MORAIS (*Tractatus de Executionibus*, I, 98) entendia que era preciso a resistência com armas e atual, que impedisse o apenhamento pelo credor, discordando de ÁLVARO VALASCO, para quem a resistência verbal ("repugnantia verbalis", dizia êle) bastaria, e de SCACCIA, que distinguia, sem razão, a resistência verbal justa e a injusta (ora, se justa, a justiça por mão própria seria contrária a direito). Se a dívida é ilíquida, isto é, se o instrumento do penhor não determina precisamente o valor do débito (art. 770, 1.ª alínea; Lei n. 492, de 30 de agôsto de 1937, art. 2.°, § 2.°, II; Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939, art. 2.°, § 1.°, II), não caberia justiça de mão própria (SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus*, I, 99, que, aliás, permitia, por influência de BÁRTOLO, aí não cabível, que no pacto se

previsse o ingresso, a despeito da iliquidez). Outrossim, se o credor aquiescera, antes, em retirar a tentativa de justiça de mão própria (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Notas de Uso prático*, I, 67; *aliter*, se o credor apenas deixava de invocar, em tempo devido, a justiça estatal, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 592).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 194. B – Doutrina

A excepcionalidade da chamada justiça de mão própria bem demonstra que a sua admissão no Direito brasileiro restringe-se aos casos definidos e permitidos em lei.

§ 195. MEIOS DE CONSTRIÇÃO

1. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA E CONSTRIÇÃO. – Os *meios de constrição*, de que lança mão a justiça de mão própria, são: A) A subtração de coisas móveis, ou imóveis, ou seja para realizar direito real (*e. g.*, o devedor pignoratício subtraíra o objeto penhorado), ou para realizar direito pessoal (*e. g.*, o que pagou as compras no armazém, para serem entregues, verificando que o dono do armazém se nega a entregá-las, porque o empregado fugira com o carro de distribuição), ou simplesmente para segurança de crédito em dinheiro (*e. g.*, durante a viagem, A vai trocar cédulas em miúdo, pertencentes a B, e desaparece, e B retém a mala de A, que ficou no automóvel e deveria ser entregue na vila seguinte).

As coisas suscetíveis de constrição, em justiça de mão própria, são as que pertencem ao devedor, e não outras. A constrição de coisas alheias, que estão, apenas, em custódia, é proibida, na mesma extensão em que escapariam à justiça pública se arrestadas, seqüestradas ou por outro modo constritas. A questão da constrição putativa é fácil de resolver-se com o primeiro pressuposto da justiça de mão própria: não ir além do que poderia ir a justiça estatal; e com o segundo, que é o de só se exercer se a sentença seria favorável. Tudo se põe em *plano de objetividade* e de *verdade*. Por

isso mesmo, não importa se o credor acreditava que a coisa pertencia ao devedor, ou não. Se a justiça de mão própria se exerceu sem aquêle ou êsse pressuposto, foi *contrária a direito* e, pois, *ato ilícito*, cabendo reparação do dano. A justiça de mão própria não cria direito real sôbre a coisa que o titular do direito subtrai ao justiçado: só se passa *no plano da posse*. Se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção é tal que com a posse se faz satisfativa a subtração da coisa, a prestação está feita; se seria preciso outro ato do devedor que a entrega da posse, como se dá no contrato de compra-e-venda sem a transferência simultânea da propriedade, a posse, só, não pode ser satisfativa, e a justiça de mão própria cinge-se à medida de execução adiantada, ou de segurança da execução. Por outro lado, o justiçador de mão própria não tem o poder de conversão: se a dívida é em dinheiro, a tomada da coisa é em segurança da execução, e não em satisfação (K. HELLWIG, *Lehrbuch*, I. 218 s.; H. C. HIRSCH, *Die Übertragung der Rechtsausübung*, 99). A natureza da segurança, que o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, se procura, não é a mesma que tem a segurança pelas medidas constritivas cautelares e a penhora, porque não resulta da constrição pela justiça de mão própria a retirada de eficácia de qualquer ato do devedor, relativo à coisa, que não seja dependente da posse. A eficácia é constritiva, porém não igual à que tem o arresto, o seqüestro, as outras medidas cautelares e a penhora, menos ainda à que tem o ato final do processo executivo. A idéia de direito real seria tão inadmissível aqui como em se tratando de justiça estatal. Alguns escritores, mal informados sôbre o instituto, reduzem a justiça de mão própria (ou a estendem) à *execução de mão própria* (*e. g.*, R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales*, 623); sem prestarem atenção a que o conteúdo do julgamento pode ser qualquer um que também seja conteúdo de julgamento estatal, embora menos freqüentes uns que outros conteúdos. A vingança privada seria só execução; a justiça de mão própria, não. Tão-pouco, seria acertado reduzirem-se as lutas e guerras da Antigüidade, da Idade Média e dos nossos dias a atos de justiça privada: ou são agressões, ou casos de justiça privada, por deficiência de justiça supraestatal e de direito objetivo.

É interessante observar-se que, em vez de recair em coisa, com que se possa satisfazer, ou assegurar a execução ao credor, a constrição pela justiça de mão própria pode tender a impedir a fuga do devedor; *e. g.*, se o credor retira-lhe vestes, passagens, passaportes, automóvel, cavalo de montaria, carteira de identidade, livro de cheques (F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 68).

B) Destruição ou inutilização de coisas. *E. g.*, A prometeu destruir a ponte para que B não sofresse com a sua ruína, A não no cumpre, e B, diante da urgência da medida, sem ter perto justiça a que se dirija, a destrói; A prometeu retirar o carro que fôra clandestinamente pôsto, ou que devia ser retirado, até certo dia quando se iniciariam obras, A não no cumpre, e B, diante da urgência da medida, sem ter perto justiça a que se dirija, corta-o. Deu L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 627) como exemplo o furarem-se os pneumáticos do automóvel para que o devedor não leve os bens. Outro exemplo: prender o cavalo para que o locador não o leve, contra o contrato.

C) A eliminação da resistência a exercício regular de direito. Exercer o seu direito, regularmente, pode quem quer que seja; se o que deve suportá-lo se antepõe, o afastamento da resistência já não é exercício regular nem é ato de estado de necessidade, nem perfaz, sempre, a figura da legítima defesa. Há apreciação do direito próprio e do dever alheio, bem como da contrariedade a direito, por parte do que havia de deixar exercer-se o direito. Portanto, justiça de mão própria. Se A tem servidão de passagem e B fecha a cerca, ou A se defende, *in ipso congressu*, ou, passado algum tempo, se faz justiça a si-mesmo. A *detenção* do que está furtando, ou roubando, ou vai dispor da coisa alheia, não é justiça de mão própria, se é com o fim de recuperar a posse. Seria legítima defesa. A detenção do depositário infiel, com o mesmo fim, também o seria. A recuperação posterior, usando a detenção como ato necessário à recuperação, é meio de recuperação, que também se admite em caso de posse (art. 502; Código Civil argentino, art. 2.504; alemão, § 859).

As Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 76, § 3, e Livro V, Título 95, § 3, trataram do pacto da prisão do devedor fugitivo, que poderia ser feita por justiça de mão própria; mas a Lei de 20 de junho de 1774, § 19, e o Assento de 18 de agôsto do mesmo ano as derrogaram. Há de entender-se, porém, que o art. 141, § 32, da Constituição de 1946, proibitivo de prisão por dívida, não faz contrário à Constituição a prisão e julgamento por crimes de fraude, inclusive fraude à execução (Código Penal, art. 179).

2. VENDA E JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – Diz o art. 704 do Código de Processo Civil: "Nos casos expressos em lei, e sempre que os gêneros ou efeitos seqüestrados ou arrestados, depositados ou penhorados, forem de fácil deterioração, estiverem avariados, ou exigirem grande despesa para a sua guarda, o juiz, *ex officio*, nos casos em que lhe competir, ou

a requerimento do depositário, ou da parte interessada, mandará que o serventuário competente venda aquêles gêneros ou efeitos em praça ou leilão público, mediante avaliação, se ainda não avaliados judicialmente". São legitimados ativos o depositário, que tenha a guarda da coisa e o dever de velar pela sua conservação, informando ao juiz e requerendo, e o interessado, que é, em primeira plana, o credor, ou o devedor. A venda em justiça de mão própria é anterior a qualquer depósito. O poder de dispor, após a medida constritiva, ou cautelar, fica ao juiz e não ao que pediu a penhora, o arresto, o seqüestro ou o depósito; antes, trata-se de *venda em justiça de mão própria* (Selbshilfeverkauf), se o devedor tem de guardar, ou consignar, e a coisa pertence ao credor. Os arts. 704 e 705 podem ser invocados. No direito romano, a L. 1, § 3, D., *de periculo et commodo rei venditae*, 18, 6, ULPIANO (*ad Sabinum*) pôs o caso do vinho se passou o dia em que se deveria medir. Na L. 20, § 2, C, *de agricolis censitis vel colonis*, 11, 48, falou-se da venda dos frutos. Nos primeiros tempos, havia a *derelictio* em caso de mora do credor (cf. L. ROSENBERG, Der Verzug des Gläubigers, *Jherings Jahrbücher*, 43, 213; J. KOHLER, Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 17, 287). O depósito em consignação foi passo além, na evolução do direito (P. HIRSCH, *Zur Revison der Lehre vom Gläubigerverzuge*, 68). A consignação pode, todavia, ser desaconselhada, por perigosa para o depositário, ou para a coisa, ou por serem excessivas as despesas.

O depósito romano era nos templos e, depois, nas igrejas cristãs (L. 19, § 1, C, *de usuris*, 4, 32; L. 20, § 1, C, *de agricolis censitis vel colonis*, 11, 48). Segundo o direito germânico, o depósito tornou-se judicial (P. HIRSCH, *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge*, 87; F. KOPF, *Das Hinterlegungsverhältnis*, 5). O direito à venda de justiça de mão própria foi desconhecido do direito romano, nas espécies pré-consignativas (cf. W. THEILEMEYER, *Der Selbsthilfeverkauf*, 19; R. HAVER, *Der Selbsthilfeverkauf*, 39), se bem que F. TH. ULRICH (*Die Deposition und Dereliktion*, 93, nota 4, e 18 s.) houvesse pensado em ato jurídico *stricto sensu* de *negotiorum gestio*, o que de modo nenhum se pode confundir com o direito à venda.

O devedor pode pedir a venda judicial da coisa devida desde que haja mora do credor e não convenha o depósito, por excessivas as despesas, ou por temor de deterioração, ou outra razão de não se guardar a coisa devida. Ou se o credor está ausente, ou lhe falta representante legal, ou há incerteza quanto a quem seja. Quando poderia ser pedida a consignação e essa

não convém que se faça, é de pedir-se a venda judicial. ¿Quando, pois, no direito brasileiro, se pode pensar em venda por justiça de mão própria? A venda por justiça de mão própria serve, em primeira plana, aos interêsses do devedor. Mas, se o devedor tem o direito de vender, e há de exercer a pretensão à tutela jurídica em petição ao juiz, há justiça de mão própria. Trata-se de venda judicial sem depósito em consignação; mais precisamente: de venda judicial para se depositar, depois, o apurado. Algo de incidental, antecipado, do processo de consignação, sem transformar o dever de prestar a coisa em dever de prestar o apurado (cp. L. BEER, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten*, 15). Se a venda judicial não pode ser a tempo, ou não pode ser a tempo a decisão do juiz, examinados os pressupostos, cabe a venda de mão própria, em leilão, ou bôlsa. Dá-se a sub-rogação da coisa pelo preço, se foram satisfeitos, a despeito da falta de decisão judicial; sem que se dê a liberação do devedor. O credor continua com direito à prestação da coisa, de modo que recebe o apurado se a venda de justiça de mão própria foi pertinente. Não se deve pensar em ação de enriquecimento injustificado, como ocorreu a MARTIN SOHM (Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 53, 137). A relação jurídica obrigacional só desaparece se o apurado é recebido, ou o juiz julga que foi procedente o pedido de consignação em pagamento. A venda em justiça de mão própria não é, portanto, sub-rogado do adimplemento (certos, P. HIRSCH, *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge*, 75; R. HAVER, *Der Selbsthilfeverkauf*, 55; sem razão, J. KOHLER, Zwölf Studien, III, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 13, 240 e 343). A venda é por conta do credor, sem que se reduza à figura da *negotiorum gestio* (P. HIRSCH, *Zur Revision der Lehre vom Glaubigerverzuge*, 73; sem razão, F. TH. ULRICH, *Die Deposition und dereliktion*, 92). Consignado o apurado, a relação jurídica acaba, se procedente o pedido de consignação. A consignação em pagamento é que é meio de extinção; não a venda em justiça de mão própria, nem a venda judicial *anterior* à consignação. É preciso ter-se em vista que a consignação é relação jurídica de direito público, e não de direito privado; e que é ela que extingue a dívida, ao sub-rogar-se ao pagamento. Por outro lado, pode ter havido a venda judicial, ou a venda em justiça de mão própria, sem já estar em mora o credor. Não há, à base da venda em justiça própria, gestão de negócios alheios, por arbítrio do devedor; se o sistema jurídico a permite, por se não poder exercer o dever de pedir a venda judicial, é porque, dadas as circunstâncias prementes e persistindo o dever, a venda é adimplemento dêsse dever, inconfundível com o dever de prestar, que pode ainda não existir. O devedor tem o ônus

de alegar e provar que se compuseram os pressupostos para ela. Sem isso e sem a decisão do juiz, a consignação do apurado não extingue a dívida. Quem consigna pratica ato preparatório para que o bem passe ao patrimônio do credor. Quem pede a venda judicial, antes da consignação, ou para evitá-la, pratica ato que tem a sua função cautelar e apenas é *prius* em relação à futura consignação do apurado. A consignação não se dá se a dívida, no intervalo, se extingue (*e. g.*, *o* credor mesmo recebe o apurado), ou se se lhe encobre a eficácia (= prescreveu a pretensão do credor). A venda em justiça própria é apenas constitutiva de título para a consignação, tal como aconteceria à venda judicial antes da consignação.

O devedor deve notificar o credor: se é possível a notificação judicial, sem que o seja a venda judicial, tem de ser judicial a notificação; se não é, basta a notificação extrajudicial; se não é possível (*e. g.*, o credor acha-se ausente, sem tempo para a notificação), não é de exigir-se a notificação prévia. A notificação, em tais espécies, contém interpelação; pode estabelecer mora, não libera. A notificação, ainda judicial, não cria ao devedor a impossibilidade de não mais prestar ao credor, diretamente, e sim apenas por efeito da consignação (R. HAVER, *Der Selbsthilfeverkauf, 67*; sem razão, MARTIN SOHM, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 53, 108 e 119). Com o apurado na venda judicial, pode dar-se a compensação; não com o apurado da venda em justiça própria, em leilão; se é certo que se dá a inserção *in locum rei* do apurado, não tem êle, antes de decisão trânsita em julgado, no processo de consignação, ou noutra ação, os caracteres da dívida certa e líquida. Até êsse momento, persistem o dever de prestar a coisa e o direito a essa prestação: a alegação de ter vendido é exceção, que acaba quando se extingue a relação jurídica, sem se ter de indagar, para se saber se há a incidência de tais princípios, se o credor é, ou não, o dono da coisa (certo, MARTIN SOHM, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift*, 53, 113). Quanto à eficácia real, o devedor vende e obriga-se ao comprador como figurante de contrato de compra-e-venda; o poder de dispor sòmente o tem o devedor se os pressupostos se compuseram para a venda em justiça própria. Se não se compuseram, o devedor dispôs do que não podia dispor; e as conseqüências do seu ato são a mesmas do gestor de negócios alheios sem dispor e sem poder de representação.

A venda tem de ser por leiloeiro; salvo se também a êsse respeito há o pressuposto negativo de não poder ser feita por leiloeiro. Então, faz-se por pessoa que o substitua. O lugar é aquêle em que teria de ser prestada a coisa, salvo se há contra-indicação do lugar. Se houve cláusulas que não

deveriam ser insertas, ou se algum ato do devedor concorreu para que o preço alcançado fôsse baixo, responde êle ao credor. O devedor tem o ônus de prova de que foi observada a forma do leilão, ainda quando o credor alegue que teria sido mais favorável outro lugar para o leilão. Se há bôlsa de mercadoria, ou bôlsa, ou mercado, em que se fixe o preço, basta a venda por um dos corretores. As despesas são por conta do credor.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 195. A – Legislação

O art. 704 do CPC/1939 não possui correspondência no Código de Processo Civil atual. Todavia, o Código Civil de 2002, ao tratar das obrigações e deveres do depositário impõe que deve ter na custódia da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence (art. 629 do CC/2002). Logo, se houver o depósito judicial de coisas perecíveis, para que elas não se deteriorem, poderá requerer ao juiz a sua substituição e, até mesmo, sua alienação.

Dispõe o art. 150 do CPC: "O depositário responde por perdas e danos e perde direito à remuneração, no caso de perecimento ou destruição total ou parcial do bem, por dolo ou culpa".

§ 195. B – Doutrina

Para Washington de Barros Monteiro, "os bens penhorados, sequestrados, ou arrestados em depósito judicial, devem ser restituídos no estado em que se encontravam e essa restituição opera-se ainda que ela esteja deteriorada; se a deterioração ocorre por culpa do depositário, responderá este pelo dano; se é natural, fruto exclusivo do desgaste ou da ação do tempo, suportá-lo-á o depositante" (Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 5, p. 228).

§ 195. C – Jurisprudência

A jurisprudência vem entendendo que: "(...) 'o depositário de bens fungíveis e consumíveis responde pela guarda e conservação da coisa (...)'" (TJSC, AgIn 2005.000350-6, j. 19.04.2005, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros).

§ 196. CASOS VERDADEIROS E CASOS FALSOS

1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR QUALQUER DO POVO. – O Código de Processo Penal, art. 301, diz: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". Tal *prisão* não é ato de justiça de mão própria, mas ato de prisão em nome do Estado, suscetível de entrar no mundo jurídico como *ato punível* (Código Penal, art. 146). Aliás, MELO FREIRE (*Institutiones*, I, 33), enumerando tal caso como de justiça de mão própria, errou; pois o Alvará de 20 de outubro de 1763, § 8, era claro. Os juristas alemães cometem o mesmo êrro, porque não distinguem a prisão autorizada pela lei processual penal, que, no direito brasileiro, só é a em flagrante delito, e a prisão para compelir a pagar, que seria contrária à Constituição de 1946, art. 141, § 32.

2. DESFORÇAMENTO. – O desforçamento segundo o art. 502 (*verbo* "esbulhado") é espécie de justiça privada. Exatamente aí se procura excluir que haja justiçamento de mão própria; e só se admitir que haja a legítima defesa. Sem razão, MELO FREIRE (*Institutiones*, I, 33) incluíu-o entre as espécies de justiça de mão própria (itemque unusquisque potest possessionem, a qua fuit vi deiectus, per vim quoque, sed in continenti, recuperare, Ord. lib. 4, tit. 58, § 2). Cf. Código Civil alemão, § 859, e suíço, art. 926, 2.ª alínea. No caso de turbação, sim, há legítima defesa.

3. ÁRVORE À EXTREMA DE PRÉDIO. – Diz o art. 558 do Código Civil: "As raízes e ramos de árvores, que ultrapassarem a extrema do prédio, poderão ser cortados, até ao plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido" (cf. Código Civil suíço, art. 687). Os juristas alemães incluem a regra jurídica correspondente a essa no rol dos casos particulares de justiça de mão própria (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 576 e 289, K. MAENNER, *Das Sachenrecht* 166, III, J. BIERMANN, *Das Sachenrecht*, 159, F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht*, 163; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 627). A regra jurídica vem, transformada, do antigo direito alemão e através do direito comum entrou no direito português (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Fascículo de Dissertações*, I, 490) Já ANTÔNIO CARDOSO DO AMARAL (*Summa seu Praxis Iudicum et Advocatorum*, *verbo* Arbor) falava da praxe, porém havia pretensão, e não direito de cortar: ou se pedia o corte ao juiz, ou se exigia, com prazo, diretamente, ao vizinho (tempus intra quod adimere debeas); *se não atendia*, podia o que tivera in-

vadido pelos ramos ou raízes o seu terreno de autoridade própria cortá-los ("et tunc si non adimas autoritate propria id facere possum, eum neminem, inveniam, qui me prohibeat"). Então, havia a permissão da justiça de mão própria; não há hoje tal permissão; o direito do art. 558 é conteúdo do direito de propriedade do dono do prédio invadido pelos ramos e raízes. O direito francês (antigo art. 672) mantinha duas soluções, a da *pretensão*, para os ramos, e o *direito de cortar*, para as raízes; depois, ainda se recompuseram, no mesmo sentido, os arts. 672 e 673, para se afastarem certas dúvidas (TH. HUC, *Commentaire*, IV, 456 s.). Com a Lei de 12 de fevereiro de 1921, houve o direito de cortar "ronces et brindilles", "à la limite de la ligne séparative". MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (*Fascículo de Dissertações*, I, 493) dá testemunho de que as simpatias, em Portugal, eram pela solução do direito a cortar. Trata-se de *direito formativo* e de *direito de apropriação*, criado pela relação de vizinhança: o dono do prédio invadido pode cortar e ficar com os ramos e raízes. O possuidor, se os corta, ou se os corta e dêles se apropria, pratica ato conteúdo da sua posse e, pois, de sorte ligada a essa. (Alguns autores confundem o direito, a pretensão e a ação para que se cortem ramos e raízes, chegando ao disparate de direito a corte de ramos, fundado na L. 2, D., *de arboribus caedendis*, 43, 27, onde só se trata de interdito proibitório, como na constituição de Alexandre Severo, que o estendeu às raízes; por exemplo, A. VALLIMARESCO, *La Justice privée en droit moderne*, 106). No direito argentino, art. 2.663, há a pretensão ao corte dos ramos e o direito a cortar as raízes: "Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines, ó pátios vecinos, el duefio de estos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén á las distancias fijadas por la ley" (cf. francês, art. 672; holandês, art. 714). Pretensão, não só ação, ali; aqui, direito de cortar.

4. PENHOR LEGAL. – Os credores a que se refere o art. 776 (hospedeiros, estalajadeiros, fornecedores de pousada, ou alimento, dono de prédio rústico ou urbano) têm penhor legal e podem fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora (arts. 779), seguindo-se-lhe a homologação (art. 780). Com o ato, o possuidor imediato passa a ser mediato. Aí, ¿trata-se de justiça de mão própria, de ato de posse, *início* do processo de homologação (art. 780), a que corresponderia ato mandamental do juiz, ou de exercício do direito ao penhor

legal? A espécie, no direito brasileiro, é de direito formativo modificativo (*Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, 138-149), e não de justiça de mão própria (*aliter*, no Código Civil alemão, § 561). Resta saber-se se essas pessoas, que poderiam iniciar a penhora, podem impedir que o locatário retire os móveis submetidos ao seu direito de penhorar. Ainda não é penhorar, porque não surgiu a ação executiva: Seria arresto, em ato de justiça de mão própria. O direito civil austríaco, que não tem o § 561 do Código Civil alemão, chegou, através da doutrina e da jurisprudência, a afirmá-lo (M. VON STUBENRAUCH, *Kommentar*, I, 8.ª ed., 419), a despeito do explícito art. 19, proibitivo da justiça privada.

5. INTERDITO "QUOD VI AUT CLAM" E EXCEÇÃO AO AUTOR. – Na L. 7, § 3, D., *quod vi aut ciam*, 43, 24, ULPIANO figurou hipótese para mostrar pensamento de JULIANO: utilizo (utor) contra ti o interdito *Quod vi aut clam* (isto é, do que se faz violenta ou clandestinamente), ¿podes opor a mesma exceção *Quod non tu vi aut ciam fecisti*?; e mencionou a resposta de JULIANO: é muito justo (aequissimum) que se dê a exceção: porque, se tu houveres edificado violenta ou clandestinamente e eu-mesmo houver demolido violenta ou clandestinamente, e utilizares contra mim o interdito, a exceção há de aproveitar; o que, nos outros casos, não deve proceder, se não se há causa necessária grande e bastante; nos demais casos, convém que tudo isso só se dê por intermédio do juiz. Deve-se a H. TITZE (*Die Notstandsrechte*, 57) análise dessa L. 7, § 3, no que revela do pensamento romano, a propósito da justiça de mão própria *ex magna et satis necessaria causa*: se há a razão magna e bastante da necessidade, o segundo pode proceder *vi aut clam*, em vez de recorrer à justiça; noutras circunstâncias (alioquin), não: o juiz é que tem poder para intervir. Se nos colocamos nos nossos dias, o art. 502, *verbo* "esbulhado", é limite temporal à auto-tutela normal; não no é à auto-tutela *ex magna et satis necessaria causa*. Se a espécie ocorre, têm os juízes de entrar no exame do direito e da *magna et satis necessaria causa*: nos outros casos (alioquin), o limite temporal do art. 502, *verbo* "esbulhado", há de prevalecer, e qualquer demanda há de se celebrar perante o juiz estatal ou arbitral (arts. 1.037 e 1.038), com homologação judicial (art. 1.045, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VI, 565 e 581): "alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet".

O Decreto n. 29.124, de 12 de janeiro de 1951, disse que "o montante das contribuições devidas aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pen-

sões poderá ser verificado, a qualquer tempo, pela instituição credora, nos livros e comprovantes discriminativos de pagamentos de salários que os empregadores são obrigados a possuir em ordem e a exibir, na forma determinada nos artigos 2.° e 6.° do Decreto-lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937". Tal regra jurídica não pode ser interpretada atribuindo-se a pessoas jurídicas de direito privado, ou público, não-estatais, exercício de poder público e incursão na esfera jurídica das emprêsas. Seria justiça de mão própria, o que só a lei em determinados casos de premência poderia permitir, tanto mais quanto o art. 141, § 4.°, da Constituição de 1946 pôs bem claro, como particularidade sua, pois tal explicitude falta nas outras Constituições, que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Examinar livros para comprovar ou apurar montantes, sem ser através dos juízes, é exercício de justiça privada ou de mão própria, *self-help*, *justice privée*, *Selbsthilfe*. Ora, passada a Idade Média, vivemos já sob o sistema da tutela jurídica estatal, e êsse monopólio estatal sòmente cede onde o Estado não pode assegurá-la (*e. g.*, Código Civil, art. 502, *verbis* "restituir-se por sua própria fôrça"). Mas, ainda para o exercício da justiça privada, quando ela é, *in casu*, admitida, é preciso que haja a *pretensão do justiçador ao ato*, o perigo de se tornar impossível ou assaz difícil, sem a ação imediata, a realização da pretensão, e o não se poder obter a justiça pública, de que a justiça privada é sucedâneo (cf. F. HEYER, Die Selbsthilfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 52 s.; H. TITZE, *Notstandsrecht*, 121). O art. 8.° do Decreto n. 29.124 não é *lei*; ainda se lei fôsse, estaria, *de iure condendo*, contra a técnica legislativa contemporânea e os princípios da civilização ocidental, e, *de iure condito*, contra o art. 141, § 4.°, da Constituição de 1946 e o princípio fundamental de indelegabilidade da função judiciária.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 196. A – Legislação

O art. 141, § 32, da Constituição de 1946 tem correspondência no art. 5.°, LXII, da CF/1988. O art. 502 do CC/1916 corresponde ao art. 1.210, § 1.°, do CC/2002. O art. 558 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.283 do CC/2002. O art. 776 do CC/1916 corresponde ao art. 1.467 do CC/2002. O art. 779 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.470 do CC/2002.

O Dec. 29.124/1951 e o Dec.-lei 65/1937 não têm mais vigência.

§ 196. B – Doutrina

A apreciação feita por Pontes de Miranda sobre casos verdadeiros e falsos de justiça de mão própria encontra ressonância na doutrina. Aliás, todos os casos trazidos ao debate dizem respeito àqueles definidos em lei.

§ 196. C – Jurisprudência

O STJ já decidiu que "a turbação e o esbulho ambiental-urbanístico podem – e no caso do Estado devem – ser combatidos pelo desforço imediato, medida prevista atualmente no art. 1.210, § 1.º, do CC/2002 e imprescindível à manutenção da autoridade e da credibilidade da Administração, da integridade do patrimônio estatal, da legalidade, da ordem pública e da conservação de bens intangíveis e indisponíveis associados à qualidade de vida das pessoas e das futura gerações" (STJ, REsp 1.071.741/SP, 2.ª T., j. 24.03.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* 16.12.2010).

Em outra oportunidade o mesmo STJ proclamou que a "hipoteca, por si só, não limita de nenhuma forma, o pleno exercício da posse" (STJ, REsp 768.102/SC, 3.ª T., j. 17.04.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 30.08.2008).

Quanto ao penhor legal, a jurisprudência tem entendido tratar-se de garantia excepcional e, assim, não admite interpretação extensiva. Há diversos acórdãos nesse sentido.

§ 197. SE HÁ DIREITO SUBJETIVO À AUTO-TUTELA

1. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA E MUNDO JURÍDICO. – ¿Há direito subjetivo à justiça de mão própria? O problema torna-se mais preciso, mais delicado e mais relevante, depois de têrmos mostrado não haver direito subjetivo à legítima defesa e ao ato em estado de necessidade. ¿Passa-se o mesmo com a justiça de mão própria? Como a medida cautelar e o comêço de execução (penhora) privada, ¿está ela no mundo jurídico, em vez de sòmente lá fora, no mundo fáctico? No direito romano e no direito germânico, como nos outros, após o monopólio da justiça pelo Estado, a justiça de mão própria, como a medida cautelar e a penhora sem julgamento estatal, que foram formas limitadas de justiça de mão própria, tem de se submeter, fundamentalmente, ao *princípio da onipresença do direito objetivo*: ou *a*) ela é permitida, e a regra jurídica sôbre ela é regulamentadora, fixadora do suporte fáctico suficiente a que ela *entre* no mundo jurídico, como ato jurídico lícito, que é; ou *b*) ela é proibida, e a regra sôbre ela fixa o suporte

fáctico suficiente a que ela *entre* no mundo jurídico como ato ilícito. A técnica da Lei das XII Tábuas, da *Lex Salica* e das outras foi sempre a de apontar o que cabia em *a*) ou em *b*). A regulamentação começara, aliás, antes de se ultimar a monopolização da justiça pelo Estado: êsse monopólio foi a forma última, após a organização estatal da justiça privada. Algumas vêzes, foi instituída a *oposição* perante a justiça de mão própria ao julgado de mão própria (cf. P. COLLINET, *La Saisie privée*, 126, sôbre costumes do norte da França). A pena funcionava para o devedor, que se rebelava, e para o credor, que se enganava (= não teria a sentença estatal favorável). A justiça de mão própria ia-se estatalizando e deixando, portanto, de ser; a que hoje se pratica é residual, e alguns casos, em vez de passarem ao Estado, se fizeram conteúdo de limitações a direitos. Assim, a justiça privada não se elimina sòmente pela intromissão do Estado; elimina-se também por se converter em exercício de direito o que era exercício de direito à tutela jurídica. O Estado, que não poderia chegar ao monopólio da justiça sem atravessar as fases de regulamentação da justiça privada, insinuando-se aos poucos, também a excluiu, não menos lentamente (a história germânico-romana do art. 558 é exemplo disso), trocando o ato de justiçamente por ato de exercício de direito. No art. 558 do Código Civil brasileiro, como no art. 2.663, 2.ª parte, do Código Civil argentino, há exercício de direito das coisas, não há julgamento; na justiça de mão própria, o exercício é do direito a julgar em causa própria, – direito a que corresponde o direito à tutela jurídica estatal, de que nasce à *pretensão à tutela jurídica*, que é de direito público e pré-processual.

2. SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA DA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – A justiça de mão própria ainda hoje praticada, se permitida, é exercício de direito subjetivo a sobrepôr-se a outro e a si-mesmo, para aplicar o direito objetivo. Êrro é, portanto, dizer-se que é exercício de direito subjetivo à legítima defesa, ou do ato em estado de necessidade; porém a justiça de mão própria, *quando é permitida*, constitui exercício de direito subjetivo. O direito alemão (§§ 129-131) e o suíço das obrigações (art. 52, alínea 3.ª) puseram-na no direito civil. ¿É de. direito civil? Seria difícil defender-se tal qualificação no estado atual da organização da vida, sem se atender a que o juízo arbitral também se incluía no direito privado. Os argumentos seriam os mesmos. O *<*Ninguém se pode fazer justiça a si-mesmo* é de direito público. As exceções ao princípio, se surgem, têm de ser reguladas no direito privado, pelas repercussões nas situações jurídicas entre o titular-justiçador e o justiçado. Onde quer que se haja monopolizado a justiça, a

justiça estatal havia de lutar contra a justiça de mão própria, a *Selbshilfe*, o *self-help*, para ocupar o seu lugar; onde não lhe é possível, de todo, ocupá-lo, deixou que existisse.

3. JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA E DIREITO DE TUTELA JURÍDICA. – A justiça de mão própria é distinta do exercício do direito, pretensão, ação, ou exceção, que se deduz, para se aplicar, *de motu proprio*, o direito objetivo. Exercer o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, é realizá-lo em seus efeitos, talvez exaurientes; exercer o direito à justiça privada é aplicar o direito objetivo, *a que outrem desatendeu*, e até certo ponto realizá-lo. O exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, que ali é continente, autônomo, aqui é conteúdo de decisão explícita ou implícita no ato de auto-tutela. A justiça de mão própria supõe resistência; o exercício do direito, da pretensão, da própria ação e da exceção, não na supõe; pode ter ocorrido, ou não; pode ocorrer, ou não; pode vir a ocorrer, ou não. A justiça de mão própria supõe estado de necessidade, mas já no plano da tutela jurídica; o ato em estado de necessidade (art. 160, II) passa-se no plano do direito material ou formal. Essas precisões são indispensáveis para bem se ver onde se *situa* o direito subjetivo da justiça de mão própria.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 197. A – Legislação

O art. 558 do CC/1916 corresponde ao art. 1.283 do CC/2002.

§ 197. B – Doutrina

O direito subjetivo cria um laço entre todos e produz para cada qual, ao mesmo tempo, o dever de submissão à ordem geral, bem como o direito de exigir a observação exata desta ordem.

Jean Dabin assinala que "no plano do direito subjetivo, não é exato sustentar-se que o exercício de uma atividade material lícita não possa ser objeto de um direito enquanto contra este exercício não surgir oposição por parte de outrem; se assim fosse, a liberdade só se tornaria um direito a partir do momento de sua violação" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 610, nota 34).

§ 198. REPARAÇÃO DO DANO

1. ATO NÃO CONTRÁRIO A DIREITO. – Se a justiça de mão própria cabia, o ato não foi contrário a direito; se não cabia, foi contrário a direito e, constituindo ato ilícito, dá ensejo a dever de indenização. No caso de êrro, é preciso que haja negligência (art. 159 do Código Civil brasileiro; argentino, arts. 1.100 e 1.101). Não tem o direito brasileiro o § 231 do Código Civil alemão ("ainda se o êrro não resulta de negligência", *Fahlässigkeit*); mas, no próprio direito alemão, se bem que se tenha visto no § 231 regra jurídica de responsabilidade objetiva (= sem culpa), a opinião dividiu-se: pelo ato ilícito absoluto (delito), P. OERTMANN (*Allgemeiner Teil*, 2.ª ed. 675), H. TITZE (*Die Notstandsrechte*, 130), G. PLANCK (*Kommentar*, I, 4.ª ed., 578); contra, sem razão, E. ECK (*Sammlung von Vorträgen*, I, 224), R. LEONHARD (*Der Allgemeine Teil*, 217), e O. WARNEYER (*Kommentar*, I, 389). O louco, o surdo-mudo e o menor absolutamente incapazes não respondem. Pode haver culpa do encarregado da vigilância ou guarda (art. 1.521, I e II; Decreto n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, art. 74). Não se precisa, depois do Decreto n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, recorrer à analogia (com o § 829, no direito alemão, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 627, nota 12).

2. MONOPÓLIO ESTATAL DA JUSTIÇA E ATO DE JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – Se o ato de justiça de mão própria só dá ensejo ao dano se há culpa, então o monopólio da justiça não produz, para os particulares, direito absoluto, como os direitos de personalidade, para cuja violação a reação do sistema jurídico é a pretensão à separação ainda sem culpa. No direito brasileiro, a Constituição de 1946, art. 141, § 4.º, estatui que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Porém êsse art. 141, § 4.º, nada tem com o princípio da vedação da justiça de mão própria. Nem nas espécies em que essa é permitida se exclui a apreciação judicial.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 198. A – Legislação

O art. 141, § 4.º, da Constituição de 1946 corresponde ao art. 5.º, XXXV, da CF/1988.

§ 198. B – Doutrina

Trata-se de um princípio geral de direito, que a responsabilidade, na prática de atos autorizados pela ordem jurídica, somente impõe reparação se houver o elemento subjetivo da culpa relacionado com o dano produzido, fora os casos de responsabilidade objetiva definidos em lei. Por outro lado, não desaparece o monopólio da Justiça em quaisquer dos atos praticados.

§ 199. EFICÁCIA DA DECISÃO-ATO DE JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA

1. SENTENÇA E ATO-DECISÃO DE JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – A eficácia da decisão-ato não é a eficácia *sentencial*, porque, por exemplo, ainda quando a carga de declaratividade é grande, não há eficácia de coisa julgada material. Falta-lhe a estatalidade; não há *fôrça* de coisa julgada formal, nem material. Nem, por si só, constitui, condena, nem manda, nem executa, para as conseqüências das sentenças (estatais) de constituição, condenação, mandamento, ou execução. A eficácia própria da decisão-ato é a de estabelecer, lìcitamente, situação que, se não se tratasse de justiça privada permitida, seria ilícita, ou, pelo menos, geradora da responsabilidade. No que ela não se excedeu, não há contrariedade a direito, não há ilicitude, nem reparação pelo ilícito, nem reparação pelo ato-fato jurídico. É exercício regular de direito (art. 160, I, 2.ª parte) e qualquer responsabilidade seria tão estranha à sua natureza quanto a responsabilidade pelo exercício das ações perante a justiça estatal. Nenhuma ação possessória cabe contra a tomada da coisa em virtude de estrita justiça de mão própria; nem legítima defesa. No plano das obrigações, há exemplo que muito esclarece: A vende a B a coisa, entrega-a, e B paga a metade do preço, prometendo pagar-lhe o resto em trinta dias; não no faz; A poderia pedir a resolução do contrato, invocando o art. 1.092, parágrafo único, porém não há tempo, porque B vai vender a outrem a coisa e não há juiz naquele dia. Retoma A a coisa. B vai com a ação de resolução, pois pagara a metade; A alega que não procedeu contràriamente a direito (F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 102) e reconvém, pois que fora B o infrator da obrigação contratual. O juiz tem de decidir pela resolução, na reconvenção; não, na ação de B.

Uma vez que a legítima defesa supõe, do outro lado, ato contrário a direito e a justiça de mão própria não no é, não se pode pensar em legítima defesa contra ato de justiça de mão própria.

2. EXCESSO NA JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – *a*) O justiçador não pode ir além do que é *necessário* à tutela jurídica; *b*) os meios de que pode usar são apenas aquêles de que poderia usar a justiça estatal, atendidas as regras jurídicas sôbre pressupostos necessários; *c*) responde pelo risco. Quanto a *a*), é questão de fato, porém o juiz não tem arbítrio puro na apreciação, uma vez que as regras jurídicas relativas às ações perante a justiça estatal têm de ser observadas. O *excesso* é exercício irregular, abuso do direito (art. 160, 2.ª parte). A construção no direito brasileiro é mais científica do que no direito alemão, porquanto, nesse, o abuso do direito tem o elemento, *a mais*, da intenção de lesar, que o direito brasileiro não exigiu. A discussão na doutrina alemã não nos interessa, na solução, porque outra é a concepção do nosso direito. No que há excesso, os arts. 159 e 160, I, 2.ª parte, é que têm de ser invocados, e basta a negligência.

3. DESPESAS DO JUSTIÇAMENTO. – As despesas necessárias à justiça privada recaem sôbre o justiçado, ou sôbre o justiçador, conforme as regras jurídicas que seriam de invocar-se se se tratasse de ação perante a justiça estatal. É preciso ter-se sempre em vista que, satisfeitos os pressupostos necessários à justiça de mão própria, há direito subjetivo, *que se exerce* (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 121), há remédio, que corresponde ao remédio processual e o substitui (F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 109).

4. MEDIDA CAUTELAR E MEDIDA DE INICIAÇÃO EXECUTIVA. – Se a medida adotada foi cautelar, e não se transformou, apenas se operou entrada na posse, *não-contrária a direito*. Não há pensar-se em direito de penhor, nem em direito de retenção; apenas se realiza o que é elemento fáctico, indispensável à mesma medida, quando decretada pela justiça estatal. Se a satisfação não se opera tem o justiçador de ir a juízo e pedir a mesma medida, em justiça estatal, uma vez que, *ex hypothesi*, não se deu, ainda posteriormente, a tradição, nem o Estado executou forçosamente, o que a êle-mesmo só se permite após longo processo, para conversão da coisa penhorada em dinheiro, etc. Negada a medida cautelar ou de penhora, o ato de justiça privada foi *contrário a direito* (ou se tornou contrário a direito, *e. g.*, se ocorreu pagamento posterior a êle, o que teria tido como conseqüência o dever de restituição); a responsabilidade é pelo ato ilícito (art. 159) e, está claro, a restituição é imediata, com as demais conseqüências de direito penal.

Se o justiçador, que tomou a coisa, atuou como se lhe permite (com a satisfação dos pressupostos e nos limites do seu direito e exercício), tem título executivo, pode, *desde logo*, pedir a execução forçada, de modo que a sua medida cautelar é substituída pela penhora, sem que se lhe possa argüir contrariedade a direito. A penhora apenas aproveita para o seu suporte fáctico os elementos fácticos da medida cautelar de justiça de mão própria. Se não tem título executivo, sòmente lhe é dado pedir a medida cautelar de justiça estatal, propondo a ação no prazo do art. 677 do Código de Processo Civil, se é o caso. Se deixa de pedir a execução forçada, ou a medida cautelar, deve restituir a coisa, se a satisfação não sucedeu por outra razão, *e. g.*, dação em soluto. Se o justiçador, que devia restituir, não restitui, é como se persistisse em ficar com a coisa roubada ou furtada. Outrossim, se o que deve ir a juízo, logo que *cesse* a falta da justiça estatal, não providencia, feito o justiçamento, entendendo-se que desde o momento do ato de justiça de mão própria lhe cabe providenciar; e responde pelos danos, ainda se o retardamento foi por negligência (art. 159). Aqui, a justiça privada, lícita, é seguida, no tempo, de infração de providência, cessada a *magna et satis necessaria causa.*

Panorama atual pelo Atualizador

§ 199. A – Legislação

O art. 160, I, do CC/1916 corresponde ao art. 188, I, do CC/2002 e o art. 1.092 do CC/1916 tem correspondência nos arts. 476 e 477 do CC/2002.

§ 199. B – Doutrina

No "estado de necessidade, especialmente, exige-se o perigo iminente para conjurá-lo removendo a possibilidade de um dano, se torne necessário o ataque à coisa alheias. O ato necessário exige do agente a intenção de evitar um prejuízo temido". (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil.* 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 547, n. 392).

Logo, como impõe a lei, "o ato não deverá exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso...* cit., vol. 1, p. 547).

Não se pode olvidar – e mais uma vez se repete – que existe o monopólio do Poder Judiciário, para avaliar o caso em todas as suas circunstâncias, seja mediante ação específica, seja por medida cautelar.

§ 200. CONSEQÜÊNCIAS DO ÊRRO NO JUSTIÇAR

1. RESPONSABILIDADE DO JUSTIÇADOR. – Se não era caso de justiça de mão própria, qualquer que tenha sido a falta de pressuposto, e ainda que o justiçador creia que todos os pressupostos estão satisfeitos, responde êle. Não se tendo composto o suporte fáctico da regra jurídica que permite a incursão na esfera jurídica alheia, para se fazer justiça de mão própria, a contrariedade a direito dos atos do justiçador está intacta. Comete êle ato ilícito e a sua responsabilidade é segundo o art. 159, além da responsabilidade penal em que incorra. Resta saber se o ato seria gerador de responsabilidade sem culpa, ou se sòmente cairia sob o art. 159. No direito alemão, há a regra jurídica explícita (§ 231: "auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht"): a responsabilidade se funda na culpa, conforme já se disse. No direito brasileiro, é preciso, *pelo menos*, a negligência.

2. DIREITO PENAL BRASILEIRO E JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. – No Código Penal, art. 345, na enumeração dos crimes contra a administração da justiça, diz-se: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita. Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa de duzentos mil réis a cinco contos de réis, além da pena correspondente à violência". Parágrafo único: "Se não há emprêgo de violência, sòmente se procede mediante queixa". Se a lei não cobre o ato, isto é, se lhe não retira a contrariedade a direito, o Código Penal incide. Lei, aí, é a *regra jurídica escrita* ou a *regra jurídica não-escrita*. Se o caso não entra na classe daqueles que são de direito de justiça de mão própria, o Código Penal incide, como o art. 159. A lei penal não exige o prejuízo ao justiçado, ou a outrem; não assim o art. 159. De modo que o ato pode ser contrário a direito, no plano civil, sem obrigar a reparação, porque não houve dano; e contrário a direito (penal), mas punível, a despeito de não ser causa de reparação. O Código Penal nada tem com a obrigação de reparar. Aliás, segundo a boa doutrina (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 130). A alusão do art. 345 do Código Penal, *verbis* "justiça pelas próprias mãos", não é ao débito civil, com as suas conseqüências de reparação, mas ao suporte fáctico para que a regra de pré-exclusão da contrariedade a direito incida.

Contra a justiça privada *punível* há sempre a legítima defesa.

O *excesso* da justiça privada é *punível* como a justiça privada ilícita, pois é ilícita no excesso. No direito civil, é abuso do direito, portanto ato ilícito (arts. 159 e 160, I, 2.ª parte).

O que é da máxima importância, no tocante ao direito penal, é que se não considerou punível, em si, a justiça privada; considerou-se punível quando contrária a direito (= não permitida).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 200. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 possui correspondência no art. 186 do CC/2002.

§ 200. B – Doutrina

A exposição doutrinária feita por Pontes de Miranda encontra o seu *substractum* na regra legal da independência do Juízo Cível e do Criminal.

§ 201. CONCLUSÕES

1. JUSTIÇADOR, NO LUGAR DO JUIZ. – (a) Justiça de mão própria sòmente há se se substitui o titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, à justiça estatal. Justiça de mão própria sòmente se permite onde concorrem os pressupostos necessários para que a substituição se dê. A vendeu, com a forma legal, o imóvel a B; e B, sabendo que A vai assinar a escritura de nova venda a C, para que C transcreva, antes, o seu título, impede, o quanto seja preciso, que A vá assiná-la na cidade, enquanto B leva a sua escritura ao cartório de registo de imóveis. O ato de B é grave, mas *magna et satis necessaria causa*; e o juiz, tanto civil quanto penal, tem de examinar o caso, se lhe fôr submetido, em ação declaratória, proposta por B, ou em ação dos outros interessados.

(b) Os meios de que pode lançar mão o titular são os mesmos de que poderia lançar mão a justiça estatal. A detenção, por exemplo, é permitida sòmente onde o seria a prisão civil. Se a obra nova é perigosa, pode o vizinho, *magna et satis necessaria causa*, demoli-la (cp. Código de Processo Civil, arts. 384-392). Tal o *principio da coextensão dos meios*.

(c) A decisão-ato de justiça de mão própria ou *a*) se integra em adimplemento, ou negócio jurídico satisfativo, de modo que a vontade do deve-

dor, ou do ofensor, dispensa a apreciação judiciária, ou *b*) vai a exame da justiça estatal, que então dirá da necessidade (falta da justiça estatal + irreparabilidade ou grande dificuldade de reparação do dano, se não se emprega a justiça de mão própria), com que o titular do direito, pretensão, ação ou exceção atuou. A grande dificuldade é equiparada à irreparabilidade.

(d) A decisão-ato é incompleta como decisão, pois não tem eficácia de coisa julgada: na matéria julgada de mão própria não há preclusão para a apreciação pela justiça estatal, a que fica sujeita, eventualmente, salvo se a lei não o estatui como elemento integrativo necessário, a decisão-ato do justiçador. Se a lei o estatui, dissemos; porque, se o não faz, só o que sofreu o justiçamento e o justiçador são legitimados a exercer a pretensão à tutela jurídica para a apreciação do fato mesmo da justiça de mão própria, da sua existência, permissibilidade e eficácia. De ordinário, não se exige qualquer função integrativa, por parte do Estado, nem, sequer, propositura obrigatória de ação. A justiça privada sòmente precisa da intervenção da justiça do Estado quando a medida tomada pelo justiçador foi imperfeita, necessitante de solução que a ajuste ao direito material (F. HEYER, Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 65). É o que ocorre a quem, por exemplo, arresta, ou seqüestra bens, *magna et satis necessaria causa*. Substitui-se ao juiz, no que concerne à segurança, mas há de ser observado o art. 677 do Código de Processo Civil. Se o devedor aquiesce, a satisfação opera-se, e não há mais necessidade de se propor ação (F. HEYER, 65: "Sie [die gerichtliche Schritte] sind daher unnöthig, wenn der Gläubiger nach ausgeübter Selbsthülfe zur Klage keinen Anlass mehr hat": as medidas judiciárias são dispensáveis – aliás improcedentes – se o credor, após a justiça privada exercida, não mais tem base para ação). Se o justiçador não obtém a transformação da medida cautelar em satisfação, nem propõe ação, dando conta do que fêz, ou se a espécie não é de restituição da coisa mesma, tem o justiçador de restituí-la. Há, porém, o problema de se saber quando a transformação da medida cautelar em satisfação se opera. Tratando-se de direito real, opera-se por fôrça da natureza mesma da pretensão: o que foi cautelar poderia ter sido, *ab initio*, satisfativo. Tratando-se de direito de crédito, a satisfação depende de se comporem os pressupostos do adimplemento. O problema desloca-se do plano da pretensão à tutela jurídica para o plano do direito material.

(e) Se há direito, que se possa exercer, sem se exigir de outrem, só o ato ou a abstenção de outrem, contrária a êle, pode suscitar a justiça de mão própria. Se o direito é mutilado (sem pretensão, ou sem ação),

não se pode pensar em justiçamento privado: não se estaria a substituir a tutela jurídica estatal; estar-se-ia a admitir àquele onde essa não caberia. Sem ação, ou exceção, não há justiça privada. Não se pode justiçar de mão própria a alguém por dívida de jôgo (art. 1.477; F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 59); nem se impor o restabelecimento da sociedade conjugal, ou a prestação de serviços (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 574). A coisa precisa ser penhorável, se se intenta a satisfação, ou arrestável, seqüestrável, ou por outro modo suscetível de constrição, se só se busca a segurança. Os pressupostos da penhora, ou da medida cautelar, hão de estar juntos, inclusive quanto às regras de graduação.

(f) A ação, suscetível de exceção, não pode justificar que se exerça a justiça privada além do momento em que a exceção é exercida; a exceção, se é das que precisam de atendimento, pelo risco de se perder, ou de se dificultar demasiado, basta à justiça privada, se os outros pressupostos se juntam.

A dificultação é grande e, pois, bastante, tal como a impossibilidade, quando a satisfação posterior não teria o mesmo valor para o titular do direito, pretensão, ação ou exceção. O que vai para o estrangeiro, com os seus bens, não impossibilita, mas enormemente dificulta a execução, máxime em se tratando de Estados que não cumprem rogatórias do Brasil Claro que a suspeita ou o simples terror da viagem não seria suficiente, nem a suspeita ou temor de abertura de concurso de credores. A ação rescisória proposta contra o que venceu, no tocante à existência da pretensão, ou da ação, ou da exceção, não impede a justiça privada (cp. SCHWARZE, Selbsthilfe, em J. WEISKE, *Rechtslexikon*, 10, 140). Não basta que o exercer a pretensão à tutela jurídica estatal, em vez da justiça privada, seja mais demorado, se não há perigo na demora (de impossibilitação ou dificultação grave).

(g) Um dos pressupostos é que a justiça estatal não possa tutelar, a tempo, o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção. Portanto, que, devido a guerra, revolução, inundação, peste, terremoto, incêndio, ou interrupção duradoura da vida pública, o juiz ou a polícia, ou o juiz e a polícia não possam atender à pretensão à tutela jurídica estatal; ou se o juiz é sediado demasiadamente longe e não é caso de ação da polícia, ou é caso de polícia, e não na há no lugar; ou se a justiça estatal, ou a polícia, contràriamente a direito, não quer tomar conhecimento da petição (H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, 123); *aliter*, se conhece e indefere, ou conhece e protela.

(h) Foi êrro dos que assimilaram a justiça de mão própria à legítima defesa e ao estado de necessidade atribuí-la ao interessado ou a outrem. Outros confundiram o exercício da legítima defesa, ou do estado de necessidade, com a responsabilidade, perante o ofendido, ou do ofendido perante o terceiro: há direito à justiça privada de que só é titular o que o é do direito tutelado, donde só se poder admitir o exercício dela pelo que tem dever de autuar e pelo gestor de negócios; ao passo que qualquer pessoa pode atuar em legítima defesa, ou em estado de necessidade, regrando-se pela relação entre o terceiro e o ofendido a responsabilidade de um para outro. Quanto a poder o justiçador ter o auxílio de outrem, a questão é delicada. Argumenta-se, por exemplo, que o próprio oficial de justiça não pode ter o concurso de terceiros (exceto a fôrça pública necessária, Código de Processo Civil, art. 934). Mas aí o auxílio dos particulares substitui o da fôrça pública (cf. F. HEYER, Die Selbsthülfe, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19, 67 s.)

(i) A justiça de mão própria não está sujeita a feriados ou a férias, desde que no feriado ou no dia de féria tenha de ser praticado o ato ou praticados os atos; nem está sujeita às horas do dia.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 201. A – Legislação

A ação de nunciação de obra nova está regulada nos arts. 934 a 940 do CPC em vigor. Pelo art. 935 do CPC é permitido ao prejudicado, se o caso for urgente, fazer o embargo extrajudicial, "notificando verbalmente perante duas testemunhas, o proprietário ou, em sua falta, o construtor, para não continuar a obras" e "dentro três dias requererá o nunciante a notificação em juízo, sob pena de cessar o efeito do embargo". Por conseguinte, não mais existe na ação de nunciação a possibilidade de demolição da obra nova, por parte do vizinho prejudicado, como referido no item 1, (b), deste parágrafo de Pontes de Miranda.

O arresto vem disciplinado nos arts. 813 a 821 do CPC em vigor, onde não existe a figura do arresto *magna et satis necessaria causa*.

§ 201. B – Doutrina

Atualmente, com a evolução do Direito e a afirmação do poder jurisdicional do Estado, os casos de autotutela são poucos e necessitam estar autorizados em lei.

VI. CONSENTIMENTO DA VITIMA

§ 202. DADOS DO PROBLEMA

1. PRÉ-EXCLUSÃO DA CONTRARIEDADE A DIREITO. – Tratemos agora do *consentimento da vítima,* como causa de pré-exclusão da contrariedade a direito. Diz-se que o consentimento, que pode ser expresso ou tácito, exige capacidade e é suscetível de impugnação em caso de vício da vontade. Seria, portanto, por deficiência do suporte fáctico, nulo, ou anulável. Ora, para se pensar em nulidade (incapacidade, ilicitude), ou anulabilidade (incapacidade relativa, vícios de vontade), seria preciso que se supusesse existência, entrada no mundo jurídico, onde ocorresse o nulo, ou anulável. Exatamente estamos a falar de espécies de consentimento que não entram, nem deixam entrar no mundo jurídico o ato consentido. Mais ainda: acrescenta-se que se requere o poder de disposição e pode ser revogado até ser produzida a intromissão. Quanto ao poder de disposição, é fácil de entender-se que o consentimento pré-excludente da contrariedade a direito sòmente se possa originar de quem pode dispor do bem da vida, e não de quem quer que seja, ou quanto a bem da vida, que seja indisponível (= não suscetível de se dêle dispor): por isso mesmo, não é *con*-sentimento o de terceiro, nem o é o do titular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, no tocante ao bem de que êle-mesmo não pode dispor, como o consentimento para que alguém atente contra a vida do consentinte, ou contra os seus direitos irrenunciáveis, ou contra os seus bens inalienáveis. Quanto ao ilícito, que tornaria nulo o negócio jurídico, se se tratasse de consentimento elemento do suporte fáctico de negócio jurídico, pré-exclui êsse o consentimento, porque não poderia pré-excluir a contrariedade a direito consentimento que de si-mesmo já seria contrário a direito. Também aqui tudo se passa no mundo fáctico, antes de qualquer entrada no mundo jurídico; por conseguinte, fôra absurdo falar-se de nulidade por ilícito (ilícito nulificante). Restam o problema dos vícios de vontade e o da revogabilidade. A revogação é possível enquanto não se produz o ato; se, ao produzir-se, já a *vox* fôra retirada, *vox* não há que pré-exclua a contrariedade a direito: o ato, que se pratique, surge contrário a direito e entra no mundo jurídico como ilícito, absoluto ou relativo. Nenhum inconveniente há em se empregar o têrmo "revogabilidade", porque pertence ao mundo fáctico e, quando se aplica a atos jurídicos, se tem de construir como supressão excepcional

do elemento *vox* ao suporte fáctico já entrado no mundo (*e. g.*, revogação da procuração, pois a outorga vai estendendo, no tempo, a *vox*, em suporte fáctico duradouro). O dolo, como vício da vontade, se não exsurgiu ato jurídico, pré-exclui o consentimento: está-se no mundo fáctico, e êsse consentimento, que se obteve por dolo, não foi consentimento (plano da existência); donde ser absurdo cogitar-se de anulabilidade, que é no plano da validade, *posterius* em relação à existência, o que se há de estudar a respeito dos atos jurídicos (existentes). Quanto ao êrro, o consentimento, que pré-elidiria a contrariedade a direito, o pré-exclui: consentimento fundado em êrro não é, no mundo fáctico, consentimento, mas simples aparência; de anulabilidade sòmente se poderia cogitar se o suporte fáctico, embora deficiente, houvesse entrado no mundo jurídico, *e isso não se deu.* O mesmo raciocínio há de ser feito quanto aos outros vícios de vontade (simulação, fraude contra credores). Naturalmente, na simulação que prejudique a terceiro, a má fé impede que se elimine, com o consentimento, a contrariedade a direito; na simulação para violar regra jurídica, o direito se contradiria a si-mesmo se permitisse que tal consentimento bastasse à pré-exclusão da contrariedade a direito. Na fraude contra credores, a má fé atua à semelhança do que se disse a respeito do dolo, e aqui com dupla razão, pois está nos dois agentes, o ativo e o passivo (consentinte).

A conseqüência do que se disse sôbre as pretendidas causas de nulidade ou de anulabilidade, em verdade meras causas de não-pré-exclusão da contrariedade a direito, consiste em que o ato, cuja contrariedade a direito teria sido pré-excluída pelo consentimento, permanece contrário a direito, elemento portanto de suporte fáctico do ilícito, uma vez que o consentimento mesmo foi pré-excluído.

2. REVOGAÇÃO DO CONSENTIMENTO. – A revogação do consentimento dado só se passa no mundo fáctico, mas suscita a questão de ser *unilateral* ou *bilateral* o consentimento mesmo. Ou *a*) só se lhe exige a expressão ou tacitude (manifestação), ou *b*) se exige a recepção pelo agente a quem se destina, ou *c*) a bilateralidade. A terceira solução é de afastar-se desde logo, porque do outro lado não está *vox*, mas ato; ou, pelo menos, basta o ato. A primeira, que não vê necessidade de construir o consentimento pré-excludente como receptício, foi importada do direito penal (K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 2.ª ed., 126 e 485; J. VON OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 256; R. HONIG, *Die Einwilligung*

des Verletzen, 116 s.; W. SAUER, *Grundlagen des Straf rechts*, 333 s.): o consentimento da vítima pré-exclui, *ainda* que o agente não tenha recebido a manifestação de vontade da vítima.

A segunda foi a de E. ZITELMANN (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv*, 99, 59): a manifestação de vontade teria de chegar ao destinatário. Influência evidente da teoria dos negócios jurídicos, a que o jurista assimilou tais consentimentos, tanto quanto, para a primeira, concorreu a analogia com o consentimento do dono na gestão de negócios. Mas aí se presume a vontade, e não seria admissível que o consentimento, não recebido, pré-excluísse, se o agente não poderia presumir que o lesado consentisse. O argumento maior, a favor da primeira opinião, é o de que o consentimento pré-exclui a contrariedade a direito, como elemento comum do suporte fáctico do ato ilícito, e não a culpa; de modo que tudo tem de ser visto objetivamente, e não *a parte subjecti*. O consentimento existe e pré-exclui ainda que o agente não tenha tido qualquer notícia dêle. Se houve recepção, porque o consentinte a quis, ou dela soube, é certo que a revogação do consentimento tem de ser comunicada ao agente. Só após essa comunicação, ou, pelo menos, após o conhecimento da revogação pelo agente, o ato será contrário a direito. Mas isso nada prova a favor da segunda opinião; nasce pelo *princípio da simetria atual da revogação*: tôda revogação tem de ser feita como negativa de manifestação de vontade, ou de outra manifestação, tal como se acha no momento da revogação. Procurou-se identificar essa revogação de consentimento com a do operando *até que* o médico inicie, já desaconselhàvelmente suspensível, a operação; mas há de entender-se a operação que foi consentida, antes de se iniciar, ou nos primeiros momentos, recobrando os sentidos o paciente, e não a operação que o médico julga de urgência fazer-se, estando em estado de choque, ou de incapacidade, sem representante, o paciente.

O poder de disposição, que se exige à existência do consentimento, funda-se em que, se o consentimento é dado por aquêle que não tem o poder de dispor, o ato é contrário a direito por parte do consentinte e do que se faz destruidor ou reduzidor do bem, havendo suficiência do suporte fáctico para a entrada dos dois atos, de per si, ou juntos, no mundo jurídico, produzindo o ato ilícito. A cessação do poder de disposição sem revogação prévia, ou sem revogação comunicada, quando seja preciso comunicar-se, ou, pelo menos, ser conhecida, é inoperante. Operaria, após a passagem do poder de disposição a terceiro, a revogação por êsse, – não a revogação por aquêle que perdeu o poder de disposição. Se o que o perde revoga,

simultâneamente à perda, o consentimento dado, ou se o faz depois, a contrariedade a direito ainda se estabelece, no primeiro caso, em virtude da anterioridade a qualquer ato, ou, no segundo caso, se cabe pensar-se em intromissão do que tinha o poder de dispor.

O assunto leva-nos ao problema de se saber se há consentimento irrevogável em algumas espécies de consentimento prévio. Os juristas têm-no tratado muito à flor; e mal se lhes colhem, aqui e ali, algumas linhas. Não saiu, por exemplo, A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 469) do terreno da posse: se, com o consentimento, se foi a posse da coisa, é irrevogável; se não se foi, é revogável, pelo princípio de que tôda intromissão na posse importa exercício de direito por autoridade própria, e está proibida, sem se ter de levar em conta a relação jurídica existente entre as pessoas figurantes. A confusão é lamentável. A posse da coisa, concedida ao que a vai danificar, ou destruir, pelo consentinte na violação, não fica ofendida ou retomada, se o consentinte, que poderia revogar o consentimento dado, o revoga: o consentimento pode ser revogado, sem se tomar a posse; e o que ia destruir ou danificar a coisa, conhecendo a revogação, atua contràriamente a direito se a destrói ou danifica, usando a sua posse. A entrega da posse sòmente pode ter a conseqüência de fazer-se presumir que o consentimento se deu com intenção de irrevogabilidade: presumir-se, sòmente. Para que o consentimento se faça irrevogável, é preciso que *êle* entre no mundo jurídico, porque o mundo jurídico é que é *vinculante*; ninguém se vincula, jurìdicamente, no mundo fáctico: todo vínculo, *só* no mundo fáctico (= só não-jurídico), seria, para o jurista, vínculo moral, econômico, político, artístico, religioso, ou de regras de bom tom, etc.; e a revogabilidade seria livre, para o jurídico. Donde ser *contradictio in terminis* consentimento fáctico jurìdicamente irrevogável, êrro em que incidiu A. VON TUHR, Para que o consentimento seja irrevogável, é preciso que a *vox* entre em suporte fáctico de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*, de cuja eficácia resulte (note-se a diferença em relação ao consentimento fáctico) a irrevogabilidade. Se o consentimento é inserto como elemento do suporte fáctico do negócio jurídico, êsse pode ser doação, empréstimo da coisa como fungível, derrelicção, ou outra categoria jurídica; se inserto como elemento do suporte fáctico do ato jurídico *stricto sensu*, pode tratar-se de manifestação negativa de vontade, *e. g.*, do credor de que não quer receber a coisa devida e o devedor a pode destruir (cf. art. 958), do titular do direito à reposição natural (a coisa A, pela coisa B) de que o devedor a pode destruir, a comunicação de ter derrelinqüido sem no ter (então, em

vez do negócio jurídico da derrelicção, há o ato jurídico *stricto sensu*), a notificação de haver cedido a coisa (ato jurídico *stricto sensu*). O abandono da posse e a entrega da posse são atos-fatos, uma de cujas subclasses são os atos reais, e de modo nenhum implicam o consentimento na destruição ou danificação; *a fortiori*, consentimento irrevogável.

3. CONSENTIMENTO POSTERIOR AO ATO. – O consentimento posterior do ofendido não entra, de maneira nenhuma, na classe do consentimento pré-excludente da contrariedade a direito. *O ato contrário a direito já se deu*; não se vai ao passado, ao tempo em que se teria composto o suporte fáctico do ato ilícito absoluto, ou relativo, negando-se a irreversibilidade do tempo, retirar o elemento contrariedade a direito, que se há de apreciar no momento mesmo em que o ato se pratica. Deve-se a E. ZITELMANN (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv*, 99, 65 s.) ter mostrado a diferença entre a *ratificação* validante e o *consentimento* posterior da vítima; porém mostrar a diferença não basta a conceituar. A eficácia do consentimento posterior teria de ser jurídica, *ex nunc*: a ilicitude do ato lá está, não só a contrariedade a direito, elemento do suporte fáctico, que pudesse ser retirado, pré-excluído; a eficácia da ilicitude é que teria de ser excluída, e isso só se daria se o consentimento posterior fôsse elemento de suporte fáctico suficiente para entrar no mundo jurídico como remissão do crédito de indenização (não se precisa pensar em conversão, como faz A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 490, que invoca, sem ser cabível, o § 140 do Código Civil alemão), ou, mais radicalmente, como reconhecimento da transferência da propriedade da coisa lesada, se havia disputa. Se não havia disputa, o reconhecimento apenas encobriria tentativa de se conferir ao consentimento posterior eficácia retroativa. Êsse sòmente poderia transferir a propriedade a partir dêle-mesmo. O consentimento da vítima que seria, de si-mesmo, contrário a direito, nada subtrairia à contrariedade a direito que o ato produzisse. Seriam duas contrariedades a direito, somadas. Daí resulta que o consentimento mesmo ou entraria no mundo jurídico como ato ilícito, ou não entraria nem teria fôrça (fáctica) para subtrair ao ato contrário a direito a sua contrariedade a direito. No último caso, a regra jurídica pré-excludente, que nega a contrariedade a direito, se o ato foi praticado com o consentimento do ofendido, não teria de eliminar qualquer elemento: o que seria contrário a direito, sem o elemento consentimento da vítima, contrário a direito continua, se ocorre êsse consentimento, que seria, êle-mesmo, contrário a direito. Falar-se, aí, de nulidade, como fizeram E. ZITELMANN (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv*, 99, 66 s.), A.

VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 469) e outros, é elevar-se o elemento consentimento fáctico à categoria de negócio jurídico, ou, pelo menos, de ato jurídico *stricto sensu*, confundindo os dois mundos, o em que *só* está o suporte fáctico e o em que se deu entrada ao suporte fáctico, *juridicizando-o*. Se o ato de que se cogita é a morte, a contrariedade a direito é tão forte que nenhum consentimento da vítima é bastante para a pré-excluir (Código Penal, art. 122: "Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – reclusão de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave"). De regra, o consentimento da vítima não exclui a contrariedade a direito, se se trata de delito penal (crime), inclusive quanto a duelo.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 202. B – Doutrina

Para Pontes de Miranda, o consentimento – expresso ou tácito – é suscetível de impugnação em caso de vício de vontade, por deficiência de suporte fático, nulo ou anulável.

Em sua exposição trata de espécies de consentimento "que não entram, nem deixam entrar no mundo jurídico o ato consentido" (§ 202, 1). Ao tratar do poder de disposição esclarece que o consentimento pré-excludente da contrariedade a direito somente se possa originar de quem pode dispor do bem da vida, e não de quem quer que seja e deve tratar-se de bem disponível. São hipóteses que se passam no mundo fático, antes de qualquer entrada no mundo jurídico.

A revogação do consentimento só é possível, enquanto não se produzir o ato. Se o ato já se produziu, a revogação do consentimento nenhum efeito terá para excluir a contrariedade a direito. O dolo, como vício da vontade, se o ato jurídico não se exauriu, pré-exclui a contrariedade a direito. Igual conclusão haverá quanto ao erro, que somente vicia a vontade, quando o ato jurídico deu entrada no mundo jurídico, pois antes disso não passa de mera aparência. O mesmo raciocínio se impõe nos casos de outros vícios da vontade.

O consentimento posterior não pode ser considerado como causa capaz de pré-excluir a contrariedade a direito.

CAPÍTULO VI
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA CONTRARIEDADE A DIREITO E MEDIDAS PREVENTIVAS

§ 203. CONTRARIEDADE OBJETIVA A DIREITO

1. CONCEITO E CONSEQÜÊNCIAS. – A contrariedade a direito, entrando no mundo jurídico como ato ilícito *lato sensu*, tem conseqüências jurídicas, algumas de direito público e a maior parte de direito privado. Da contrariedade objetiva a direito nasce a pretensão ao restabelecimento da situação conforme a direito. Tal é o que se passa com a ofensa a direitos com sujeitos passivos totais, como os direitos de personalidade e os reais, e dela nasce pretensão dita *absoluta* ou *real*; há direitos a sujeitos passivos totais, que não são reais, e, se só falássemos dêsses, já faltaria o adjetivo para a pretensão que da ofensa dos outros resultasse. O proprietário exige a restituição da coisa, sem precisar alegar ato, nem, *a fortiori*, culpa do demandado, nem mesmo causação; o possuidor, a restituição da posse; o que foi ilegalmente prêso, ou detido, a restituição da sua liberdade. Nas pretensões reais, o devedor da coisa abstém-se dos atos que seriam violação delas, inclusive se houve mudança de lugar da coisa, com a prática dos atos que a ponham no mesmo lugar, ou a coloquem à vista e alcance do credor real. Há, portanto, *sempre*, simples permissão ao proprietário ou ao possuidor para que tome posse da coisa. Se a propriedade é lesada por outra maneira que pela retirada, da posse, a pretensão negatória do proprietário, do titular de direito real ou do possuidor se satisfaz, quando a outra pessoa cessa a turbação, reconhecendo-lhe o direito, ou, se não se concretizara a turbação, ou se a outra pessoa não

foi quem a causou, quando assuma a atitude de suportar que não se dê, ou que cesse. Se a instalação no sítio de A foi feita por B, que a utilizou, ou não, passando o contrato, depois, a C, discute-se (*a*) se C tem de demolir ou remover a instalação, ainda se não a utilizou, ou (*b*) se a pretensão e a ação de A são sòmente contra B, fundadas no ato ilícito absoluto (art. 159), portanto em caso de culpa, ou (*c*) se A continua com ação contra B, pois as conseqüências da turbação *subsistem* materialmente e o turbador tem de suprimir, a suas expensas, a turbação persistente, ou (*d*) se não há ação contra C. Enquanto B. WINDSCHEID (*Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 1010) via duas pretensões e duas ações, contra o autor da turbação, para remoção da instalação, e contra o nôvo proprietário (ou possuidor) à permissão da remoção por parte do antigo proprietário (ou possuidor) turbador ou do proprietário lesado, A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 471) entendia, com a opinião (*b*) que tôda pretensão ou ação do proprietário, fundada no art. 499, desapareceu com a cessação da utilização da turbação, persistindo apenas, se houve culpa do turbador, a ação do art. 159. MARTIN WOLFF (*Lehrbuch*, III, 27.ª-32.ª ed., 48 s.) fêz bem em acentuar o só depender da *subsistência* da turbação em seus efeitos a vida da pretensão ou da ação do art. 499. *Aliter*, a da pretensão ou ação do art. 159. O assunto merece que se trate com todo o rigor científico, tanto mais quanto já se pretendeu, conforme a opinião (*d*), que a ação do art. 499 só se dirige contra o autor da turbação, ainda que o sucessor a utilize (L. ROSENBERG, *Sachenrecht*, 91; contra, J. BIERMANN, *Das Bürgerliche Recht*, *BB*; F. KRETZSCHMAR, *Das Sachenrecht*, 30; W. TURNAU-K. FÖRSTER, *Das Liegenschaftsrecht*, I, 76; H. KRESS, *Besitz und Recht*, 340). A solução (*a*) seria absurda. A própria ação de turbação sòmente se exerce contra o herdeiro, se êle continua a turbar (G. PLANCK, *Kommentar*, III, *1*, 4.ª ed., 68); pôsto que ativamente se transmita.

É preciso distinguir no fato da turbação o elemento do suporte fáctico do ato ilícito absoluto (art. 159), que é a culpa, e o elemento do suporte fáctico do ato ilícito absoluto, *especial*, contra a posse (art. 499). Há duas pretensões, duas ações, porque a segunda categoria jurídica se pode compor sem existir no suporte fáctico a culpa; na primeira, a *subsistência* da turbação não é elemento necessário do suporte fáctico. Se a turbação subsiste e houve culpa, as duas pretensões e ações existem; se a turbação não mais subsiste, nem há receios dela, mas houve culpa, só existem a pretensão e a ação do art. 159; se não houve culpa, e a turbação subsiste, só há a pretensão e a ação de turbação (art. 499).

A legitimação passiva de sucessor sòmente se dá quando êle utiliza a turbação do sucedido, ainda que não imediato, ou quando a remoção só se pode fazer com permissão dêle, devido a ter sido feita utilizando-se o prédio que adquiriu.

2. OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE. – Se a ofensa foi ao direito de propriedade, e não à posse, ás despesas que a eliminação da ofensa traga são a cargo do ofensor. *Não é preciso ser culpado o ofensor.* O proprietário tem "direito de usar, gozar e dispor dos seus bens", de modo que a ofensa ao direito pelos sujeitos passivos totais não pressupõe a culpa. Há também ato ilícito objetivo no que está à base de tôda ação negatória. Por isso, se A abriu vaiado no terreno de B, ainda sem saber que a parte do terreno, em que cavou, não era sua, A violou positivamente o direito de propriedade de B; o seu ato entra no mundo jurídico como ato ilícito *objetivo*, e não como ato ilícito *subjetivo*, para o qual seria preciso a culpa. Tudo se passa à semelhança da turbação possessória (cf. art. 524, *verbis* "...e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua", e art. 499).

O que se disse sôbre o direito de propriedade também concerne aos direitos de personalidade, que passam, por sua natureza, à frente daqueles.

3. INDENIZAÇÃO POR TURBAÇÃO OU ESBULHO DA POSSE. – A indenização pela turbação possessória ou esbulho da posse é efeito do ato ilícito, *a*) Se o disséssemos *relativo*, então teríamos de trazer a posse ao mundo jurídico, tirando-a do mundo fáctico em que o art. 485 (*verbis* "de fato") a vê, segundo os princípios históricos e sistemáticos. *b*) Se o dizemos *absoluto*, temos de exigir como elemento do seu suporte fáctico a culpa (art. 159). *c*) Para obviar à concepção esdrúxula *a*) e ao *bis in indem* de *b*), tem-se de ter ao art. 503 como regra jurídica *especial* sôbre ato ilícito absoluto: "O possuidor manutenido, ou reintegrado na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração à custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho". A questão não se pode resolver sem se remontar à origem do art. 503 (argentino, arts. 2.494 e 2.497).

As Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 65, depois de inserirem a lei de Afonso III (1332) sôbre "os feitos da fôrça", estabeleceram a indenização ainda sem culpa (§ 5): "...mas ainda correga, e pague ao forçado todalas perdas, e damnos, que na dita fôrça, ou por causa delia receber em qualquer maneira que seja; e pôsto que êsse forçador digua e allegue que era senhor da cousa forçada, ou lhe perteencia em ella a ver algum

direito. Mandamos que nom seja recebido a tal razom...; ca pois que forçosamente forçou, e esbulhou a cousa per outrem possuída per sua própria autoridade, e sem mandado de justiça, o que per direito he defeso a todo homem pólos grandes males e ofensas, que se per ello ligeiramente podem seguir, justa cousa parece seer, que nom seja recebido a tal razom". Nas Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 50, pr., reproduziu-se o § 5 das Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 65: "...e aalem desto paguará o forçador em os ditos casos ao forçado tôdas as perdas e danos que na dita fôrça, ou por causa delia em qualquer maneira receber: e pôsto que o forçãdor digua e alegue que he senhor da cousa forçada, ou lhe pertence teer em ella alguü dereito, nom lhe seja recebida tal razam...". Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 58, pr., vem o mesmo, com a proposição que se inseriu nas Ordenações Manuelinas, antes do que aí se cita: "se o forçador nom tever dereito na cousa em que fêz a fôrça", que apenas alude ao julgamento do esbulho ou da turbação. A indenização é ligada ao fato da turbação da posse: independe do elemento fáctico da culpa (Código de Processo Civil, art. 374; *Comentários*, III, *1*, 325-326; ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, *Da Posse e das Ações possessórias*, 272).

4. RESPONSABILIDADE E "CONDICTIO"; OUTRAS ESPÉCIES. – A responsabilidade pelo enriquecimento injustificado não é derivada de ato ilícito, nem de ato-fato, porque há à contrariedade a direito, e nem sempre há culpa, ou, até, ato do obrigado a reparar. A contrariedade a direito é objetiva. Também o é no caso de restituição pelo que se retarda em restituir: *a*) o devedor em mora, isto é, o devedor que deixa de satisfazer no tempo, lugar e forma convencionados (art. 955), contraria objetivamente a direito, e o seu ato ilícito relativo tem a conseqüência de responder êle pela impossibilidade da prestação, embora resultante de caso fortuito, ou fôrça maior, se ocorre essa, ou aquela, durante o atraso (art. 957); *b*) a responsabilidade do possuidor, desde que se constituiu de má fé, assenta em contrariedade objetiva a direito (arts. 511, 513, 515 e 517); *c*) a responsabilidade do gestor de negócios, se a gestão foi iniciada contra a vontade do dono do negócio, manifesta ou presumível, também o é (art. 1.332).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 203. A – Legislação

O art. 159 do CC/1916 tem seu correspondente no art. 186 do CC/2002 e o art. 499 do CC/1916 no art. 1.210, *caput*, do CC/2002. O art. 485 do CC/1916 é correspondente ao art. 1.196 do CC/2002 e o art. 503 não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual. Os arts. 955 e 957 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 394 e 399 do CC/2002.

§ 203. B – Doutrina

Todo ato contrário a direito ingressa no mundo jurídico como ato ilícito, estando sujeito à reparação do dano causado.

Na hipótese mencionada por Pontes de Miranda do esbulho e da turbação da posse (art. 1.210, *caput*, do CC/2002), a contrariedade objetiva a direito desaparece com a cessação do esbulho ou da turbação. Todavia, se com a turbação ou esbulho houve dano à propriedade, o proprietário deve ser indenizado pelo prejuízo causado pelo esbulhador ou turbador

No caso de enriquecimento ilícito, que no Código vigente possui dispositivos expressos (arts. 884 a 886 do CC/2002), uma vez denunciada sua existência, aquele que sem justa causa se enriquecer está obrigado a restituir o indevidamente auferido.

§ 204. CONSEQÜÊNCIAS NÃO-REPARATIVAS

1. CONSEQÜÊNCIAS DISTINTAS. – Às vêzes, a conseqüência do fato jurídico, em cujo suporte fáctico há contrariedade a direito, não é o restabelecimento natural, nem o restabelecimento pelo valor. A conseqüência de alguns é a caducidade (ato ilícito caducificante); de outros, o nascer ao lesado direito formativo extintivo, como o de resolução (art. 1.092, parágrafo único) e a pretensão ao desquite (art. 317). De regra, a contrariedade a direito, em tais espécies, é subjetiva; há, porém, algumas em que a contrariedade a direito é objetiva (*e. g.*, art. 1.205, § 2.º).

2. CADUCIDADE. – Se a conseqüência é caducificante, ou tem outra natureza contra o que pratica o ato, há ilicitude. Tem-se, então, de entender, à parte, a espécie.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 204. A – Legislação

O art. 1.092 do CC/1916 tem correspondência nos arts. 476 e 477 do CC/2002. O art. 317 do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil atual, mesmo porque o desquite não mais faz parte de nosso Direito Positivo. O art. 1.205, § 2.°, do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual.

§ 204. B – Doutrina

A doutrina sempre entendeu que as consequências advindas de ato lícito, em certos casos, não se exaurem com o restabelecimento natural, nem o restabelecimento pelo valor.

§ 205. CONTRARIEDADE SUBJETIVA A DIREITO

1. Conceito. – A contrariedade subjetiva a direito é aquela em que só se vê a contrariedade (isto é, só se leva jurìdicamente em conta tal contrariedade), se há *culpa* do que contraria. O efeito específico, em todos os casos, é a reparação do dano, ou pelo restabelecimento natural, isto é, do *status quo*, do estado que existiria se não houvesse acontecido o fato contrário a direito, ou pelo ressarcimento do dano (um valor por outro valor). Logo se percebe que o *princípio da responsabilidade pela culpa* deixa fora do direito lesões resultantes de contrariedade a direito. Para obviar aos inconvenientes dessa diferença de extensão entre o *contrário a direito* e o ato ilícito absoluto ou *stricto sensu*, ou ato ilícito relativo por culpa, os sistemas jurídicos criaram regras jurídicas especiais para a reparação em casos de dano sem culpa (*princípio da causação*). Não seria para espanto, pois conhecem êles, até, casos de reparação sem culpa e sem contrariedade a direito; quer dizer: o ato é lícito, mas gera deveres e obrigações.

2. Conseqüências. – A contrariedade subjetiva a direito pode dar ensejo a atos ilícitos absolutos ou *stricto sensu*; as conseqüências ou são de direito penal, ou de direito administrativo, ou de direito privado; há-as, também, de direito constitucional. Porém o direito moderno separou-as nìtidamente: as pretensões e ações *ex delicto* não mais se confundem com

as pretensões e as ações penais (cp. art. 1.525; Código de Processo Penal, arts. 65-67). A pena convencional (arts. 916-927; Decreto n. 22.626, de 2 de abril de 1933, arts. 8.° e 9.°) sòmente protege interêsses do credor. Não raro algo de penal ficou, mas transformado em caducidade ou pretensão à extinção (*e. g.*, deserdação, arts. 1.741-1.745; exclusão por indignidade, arts. 1.595-1.602; exclusão do prêmio ao achador, se não restituíu a coisa achada, arg. ao art. 604).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 205. A – Legislação

Os arts. 916 a 927 do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, com os arts. 409, 410, 411, 408, 413, 414, 415 e 416 do CC/2002. Os arts. 922 e 923 do CC/1916 não têm dispositivos correspondentes no Código Civil vigente. São dispositivos da cláusula penal. Os arts. 1.741 a 1.745 do CC/1916 possuem dispositivos correspondentes nos arts. 1.961, 1.964, 1.965, 1.962 e 1.963 do CC/2002. O parágrafo único do art. 1.743 e o inc. III do art. 1.744 do CC/1916 não têm dispositivos correspondentes.

§ 205. B – Doutrina

A doutrina consagra o princípio da responsabilidade subjetiva assentada na culpa. Em casos excepcionais, definidos em lei, é possível a responsabilidade objetiva, sem culpa.

Para a responsabilidade subjetiva, três são seus requisitos: (a) ato ilícito; (b) culpa; e (c) dano. Indispensável, ainda, o nexo de causalidade entre eles.

§ 206. CONTRARIEDADE TRANSUBJETIVA A DIREITO

1. Conceito. – Se o autor do dano não teve culpa e de seu ato provém dever de indenizar, a contrariedade a direito não se faz objetiva: não há qualquer pretensão anterior a se integrar, por se tratar de direitos a sujeitos passivos totais. Apenas é transubjetiva: o sujeito é tido como causador e não como culpado. Aí, o *princípio da causação* intervém, em virtude de regra jurídica excepcional. Tais espécies são inconfundíveis com as em que

não há contrariedade a direito, nem culpa (*e. g.*, legítima defesa, estado de necessidade). A responsabilidade pelo dano causado por certas indústrias, ou por animais perigosos ou coisas perigosas, ou edifícios de onde caiam objetos, é diferente: há contrariedade a direito, sem que se exija a objetividade, ou a subjetividade; daí dizermos contrariedade a direito transubjetiva. Tem de comum com a contrariedade objetiva a direito, que a atividade causadora ofende, até certo ponto, a pretensão à abstenção que têm os titulares de direito a sujeitos passivos totais; com a contrariedade subjetiva a direito, que a ofensa à pretensão à abstenção, que têm os titulares de direitos a sujeitos passivos totais, opera como substituto da culpa. Vê-se bem que se encontrou caminho entre as duas contrariedades a direito. Seria errôneo pensar-se em que tais atos não são contrários a direito e misturá-los com os atos em legítima defesa ou em estado de necessidade. Embrulhá-los é obscurecer a matéria.

2. INDÚSTRIA PERIGOSA. – Pergunta-se: ¿A responsabilidade pelo dano causado pela indústria perigosa é *a*) dever de reparar oriundo de ato lícito, ou *b*) *desde o* momento, em que o ato começa a lesar, é êle ilícito e então responsabilidade como a das estradas de ferro (a não-passageiros) entra na teoria dos atos ilícitos? Os arts. 1.527, 1.528 e 1.529 estariam, se *a*), mal colocados; se *b*), bem colocados. Há em tais atos contrariedade a direito transubjetiva, pois que, no tocante ao sujeito, se prescinde da culpa. Confundi-los com a responsabilidade em caso de estado de necessidade e de legítima defesa, em que a regra jurídica pré-excluíu a contrariedade a direito, impediria raciocinar-se, acertadamente, com as categorias. Contrariedade a direito objetiva é aquela em que não há ato, nem culpa, nem causação pelo que responde. A contrariedade transubjetiva é aquela em que há causação, não há culpa, se bem que haja ato.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 206. A – Legislação

O art. 1.527 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual, apenas o inc. III do citado artigo tem correspondência no art. 936 do CC/2002 com a seguinte redação: "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

O art. 1.528 do CC/1916 corresponde ao art. 937 do CC/2002: "O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provir de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta". Trata-se de redação idêntica ao art. 1.528 do Código revogado.

O art. 1.529 do CC/1916 tem correspondência no art. 938 do CC/2002, com a seguinte redação: "Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido".

§ 206. B – Doutrina

Os artigos mencionados encontram-se no título correspondente à "Responsabilidade Civil" do capítulo referente à "Obrigação de indenizar".

A doutrina entende ser necessário, para a obrigação de indenizar, que haja responsabilidade do autor do prejuízo. Em regra, a obrigação de indenizar decorre do dolo, culpa ou mora. De modo excepcional, há casos em que a lei submete determinadas pessoas a um regime de responsabilidade, independentemente de culpa. Configuram tais casos definidos em lei, a responsabilidade objetiva.

Aliás, o parágrafo único do art. 917 do CC/2002 dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem", dispositivo esse que não havia no Código Civil revogado.

§ 206. C – Jurisprudência

A jurisprudência a respeito da responsabilidade objetiva ou sem culpa é extensa. Todavia, a orientação jurisprudencial pode sintetizar-se da seguinte forma: a responsabilidade objetiva libera a vítima apenas da prova da culpa. Ela não dispensa a prova do dano e do nexo de causalidade. Sem a prova desses dois elementos, não se cogita da obrigação de reparação.

§ 207. MEDIDAS PREVENTIVAS

1. PREVISÃO E TUTELA JURÍDICA. – A contrariedade a direito, quando apenas *prevista*, pode dar fundamento a medidas preventivas. O direito não só reage contra o ilícito; também reage contra atos e estados dos quais resulta ser possível ou provável contrariedade a direito. Tem-se como de temer-se o ato ou estado contrário a direito, porque alguns dos elementos do suporte fáctico já se compuseram. Não há, porém, princípio geral da prevenibilidade de tôda contrariedade a direito; noutros têrmos: nem

todo perigo dá causa a pretensão à segurança. Em certas espécies, o direito atende à necessidade, para a vida, de atos e estados perigosos, e, contemporizando, satisfaz-se com responsabilidade pela contrariedade objetiva a direito, ou pela contrariedade transubjetiva a direito.

2. TÉCNICA LEGISLATIVA E TÉCNICA JUDICIÁRIA DA PREVENÇÃO. – Sempre que o direito reputa evitável o perigo grave, permite preveni-lo. Preveni-lo quer dizer *prae-venire*, vir antes do fato lesivo; naturalmente, com algum ato que concorra para afastar o perigo, ou, pelo menos, precisar as conseqüências da contrariedade a direito. A tutela jurídica preventiva pode ser expediente de *técnica legislativa*, ou expediente de *técnica judiciária* (estatal ou de mão própria)

a) São prevenções *legislativas*: a perda de certos direitos, para que dêle, ou do seu exercício, não resulte algum fato, que o legislador entende que se deve evitar; *e. g.* quanto ao pátrio poder, a mãe viúva, que se casa, perde-o (caducidade do direito, *ipso iure*). O direito de resolução, art. 1.092, parágrafo único, não é expediente de técnica legislativa, mas de técnica judiciária: o legislador apenas cria o direito, para que o credor o exerça, se quiser, devido ao perigo que corre com a atitude do devedor; por isso mesmo, basta que êsse declare não querer cumprir. Bem assim, a perda do pátrio poder segundo o art. 395. Espécies clássicas de regras jurídicas preventivas de *técnica legislativa* são as regras a respeito de atos em legítima defesa e em estado de necessidade.

b) As medidas preventivas de *técnica judiciária* são prestações jurisdicionais: a lei apenas diz em que casos elas podem ser exigidas, e aí acaba a técnica legislativa: o credor, cujo devedor está a tornar duvidosa a prestação, pode, se lhe cabe prestar em primeiro lugar, prestar, com a garantia do devedor, ou aguardar que o devedor preste (art. 1.092); o proprietário, ou o que tem direito de uso, ou o locatário de prédio, em que alguém tem de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as seguranças contra o prejuízo eventual (art. 529); idem, no caso de ameaça de ruína (art. 555) e no caso de alicerce de parede divisória (art. 580, parágrafo único); na espécie do art. 1.510 (pagamento de título de crédito com o nome de credor e cláusula de pode ser pago ao portador), o devedor pode exigir a caução; o nu proprietário pode exigir caução ao usufrutuário, ao usuário e ao titular do direito à habitação (art. 729, 745, 748); idem, o fideicomissário ao fiduciário (art. 1.735). No Código de Processo Civil, arts. 675-688, cogita-se das principais medidas preventivas.

3. DEVER DE SEGURANÇA E DEVER DE SEPARAÇÃO. – O ato ou estado, que compõe, com outros elementos, o suporte fáctico da regra jurídica que estabelece direito e dever de segurança, ou *entra* no mundo jurídico como ato-fato jurídico, ou como fato jurídico *stricto sensu*, ou como ato ilícito, razão por que, de regra, a lesão ainda não se deu, mas espécies há em que se previne a lesão futura após lesão já ocorrida. Ainda quando só se conceda a medida preventiva depois de ato ilícito, para as lesões futuras, o ato ilícito é apenas elemento do suporte fáctico sôbre o qual incide a regra jurídica: com a incidência dela, o suporte fáctico *entra* no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu*. Por isso mesmo, é êrro, e grave, ter-se a tutela judiciária preventiva como espécie de reparação do dano (certo, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 477, nota 143): não há dano a reparar-se; se houve, a reparação foi devida ao ato ilícito, e não ao fato jurídico *stricto sensu*, em cujo suporte fáctico estava o ato ilícito. A ciência jurídica descurou o estudo dêsses pontos, principalmente o da classificação do fato jurídico *stricto sensu*, de que provém direito, pretensão, ação, dever, obrigação e posição de réu nas medidas de segurança. Ao dever de segurar está ligado o de pagar as custas e despesas da medida preventiva. A. VON TUHR (*Actio de in rem verso*, 37) entendia que os gastos haviam de ser pagos como reparação do dano pelo que criou o perigo; mas essa explicação é inaceitável: não há reparação; se o que exigiu caução pagou antes, ou teve de pagar, antes, custas e despesas, o caso não é de reparação do dano, mas de reembôlso, pelo adiantamento; de qualquer modo, o dever de pagar cabe ao que tem de segurar; se o que exige a segurança tem pretensão de reembôlso é devido a outra relação necessàriamente *posterior* àquela em que o obrigado à segurança é devedor de custas e despesas. Se foi preciso fazer-se alguma obra, ou serviço, para se reduzir o perigo, não é *ainda* de reparação do dano que se trata.

Sempre que no suporte fáctico do fato jurídico *stricto sensu*, de que resultaram o direito e dever de segurança, existe ato ilícito, a medida preventiva tem por finalidade afastar a continuação, ou repetição do ilícito. Por exemplo: *a*) A vem usando o nome de B, ou o seu pseudônimo, para clientela, com danos a B; B tem a ação do art. 159 (ato ilícito absoluto) e a *ação de abstenção*, com a forma, não só por analogia, da ação cominatória do art. 302, XII, do Código de Processo Civil, ou outra forma, ou a de medida preventiva (caução, art. 676, IV, do Código de Processo Civil); *b*) o possuidor turbado, se a turbação passou e é de recear que se repita, pode exercer a ação do art. 501 do Código Civil, que é ação de abstenção sob

a forma cominatória, ou o seqüestro da posse, ou a caução, conforme os princípios peculiares; *c*) sempre que algum proprietário sofra dano e haja receio de continuação ou repetição dêle, cabe a ação de abstenção, com a forma cominatória do art. 302, XII (não só por analogia), VII, VIII e IX, do Código de Processo Civil, ou outra, ou, satisfeitos os requisitos do art. 675 do mesmo Código, a ação de caução (art. 676, IV; *d*) o credor hipotecário tem as ações a que se refere o exemplo *c*), se há perigo de destruição, ou de diminuição do valor do imóvel hipotecado.

4. ABSTENÇÃO E CONTRARIEDADE A DIREITO. – Sempre que há contrariedade a direito, ainda objetiva, e dano previsto (perigo de continuar, ou de repetir-se), há ação de abstenção, uma de cujas formas é a cominatória do art. 302, XII, do Código de Processo Civil (excetua-se se se trata de adultério, ou restabelecimento das relações sexuais, etc.) Seria êrro deduzir-se da noção de reparação do dano êsse *princípio de segurança contra o ilícito*; a pretensão à segurança é da mesma classe que a pretensão negatória, sem se identificar com ela.

Tem-se dito que a ação de abstenção apaga a distinção entre direito subjetivo e interêsse protegido, como se houvesse a ação de abstenção sem aquêle (e. pt., A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 479, nota 162). Sem razão: pode existir direito subjetivo e pretensão, sem que se conceda a ação de abstenção; o direito subjetivo e a pretensão do titular do direito a sujeitos passivos totais, ou o direito subjetivo e a pretensão do titular do direito relativo, *e. g.*, de crédito, podem não existir. É ação de prestação (Leistungsklage), e não declaratória; ação de condenação invertida no tempo (em vez de violação e condenação, condenação e violação eventual); à base dela está o dever de prestar a abstenção, que é prestar contínuo (OTTO VON GIERKE, Dauernde Schuldverhältnisse, *Jherings Jahrbücher*, 64, 370 s.), ou repetido. A condenação é condicional. Resta o problema da ação de abstenção puramente preventiva (nenhum dano ocorreu). Pretendeu P. ELTZBACHER (*Die Unterlassungsklage*, 104 s.) ter mostrado o direito subjetivo que há à base da ação de abstenção: se há regra jurídica, que limita, a favor de alguém, a esfera jurídica de outrem, há direito subjetivo. Mas o jurista alemão continuava a linha filosófica de A. THON e E. R. BIERLING, o que o dispensou de fundamentação. Ora, há direitos assubjetivados (= proteção pela regra jurídica sem direito subjetivo), contra o que sustentaram A. THON, E. R. BIERLING e P. ELTZBACHER, de modo que não basta dizer-se que "há regramento jurídico e, pois, direito subjetivo", se bem

que se possa dizer que "há direito subjetivo e, pois, regramento jurídico". Temos de explicar a existência da ação de abstenção, fora da teoria de A. THON e E. R. BIERLING. Sempre que há regra jurídica que põe no seu suporte fáctico o temor, em vez do dano já ocorrido, tal regra jurídica faz êsse suporte fáctico entrar no mundo jurídico como fato jurídico; ou porque o temor resulte de já se haver produzido algum dano e temer-se continuação ou repetição, ou porque o perigo esteja esboçado de si-mesmo, em ato ou estado perigoso (art. 675, II)

5. AÇÃO DE ABSTENÇÃO. – a) Se o direito é a sujeitos passivos totais (direito absoluto), há proibição a todos de inquietar, perturbar, turbar o titular dêle: não se pode deixar de ver, à base da ação de abstenção, o direito subjetivo, a pretensão à prestação negativa. É o que acontece com os direitos à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à honra, à verdade e ao nome, com o direito ao nome comercial, o direito à propriedade literária, artística e científica, o direito ao produto do espírito (antes da propriedade literária, artística e científica), com a posse, o domínio e os direitos reais sôbre coisas alheias, a propriedade fiduciária e o direito de fideicomissário.

À contrariedade a direito basta ser objetiva; se há pré-exclusão da contrariedade a direito (legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ameaçado), não há contrariedade a direito e, pois, não há ação de abstenção. Se não houve culpa, não importa: a pretensão à omissão, de que são munidos os direitos absolutos, não supõe culpa do ameaçante. Salvo regra jurídica especial (arts. 302, VI, VII, VIII, XII, 675, II), é preciso que já se tenha dado algum dano; e é preciso seja de temer-se o dano futuro. A regra especial torna a ação de abstenção puramente preventiva.

b) Se o ato ilícito *stricto sensu* já ocorreu, há a ação de indenização (art. 159), fundada no ato culposo, e êsse ato ilícito vai figurar como elemento do suporte fáctico da *ação de abstenção*. (Às vêzes, para a indenização basta o ato-fato ilícito, ou o fato ilícito.) Discute-se se, não havendo regra jurídica especial, cabe tal tutela jurídica preventiva. Se cabe, a todo delito (ato ilícito absoluto) corresponde, se o temor se estabelece, ação de abstenção. O ato ou estado criador do temor entra, segundo essa concepção, no mundo jurídico, é fato jurídico *stricto sensu*, de que se irradiam efeitos (direitos, pretensões, deveres, obrigações). Seria categoria paralela à ação de indenização, pois no seu suporte fáctico está o elemento necessário do ato culposo ocorrido e sua continuação ou repetição. O problema torna-se

mais delicado se se atribui à previsão que há na ação de abstenção e, mais, à notificação do réu (= ficar prevenido) o efeito, que é transubjetivo, da responsabilidade ainda sem culpa. A infração do mandado cominatório do art. 302, XII, do Código de Processo Civil é contrariedade objetiva a direito, porque se trata de inadimplemento. A questão passa a ter importância se a forma do art. 302, XII, foi usada para ação preventiva, ou se é caso do art. 302, VI-IX. Noutros têrmos: sempre que, se não fôsse preventiva a ação, o réu *poderia* alegar a carência de culpa. A resposta a favor de bastar a contrariedade objetiva a direito confere ao mandado de abstenção *plus*, que é o excluir o elemento culpa quando êsse fôsse de exigir-se à ação pelo ato contrário a direito. No caso do art. 1.205 (arts. 302, VI, do Código de Processo Civil), a contrariedade a direito é objetiva. Nos casos dos arts. 554, 555 e outros (Código de Processo Civil, art. 302, VII), também (nosso *Tratado de Direito Predial*, I, 93-95). Se, porém, o ato do cominado sòmente cabe no conceito do art. 159 (art. 160, I), então é necessária a contrariedade subjetiva a direito. No Código de Processo Civil, art. 302, X (Código Civil, art. 660, derrogado), a contrariedade a direito é objetiva: *e. g.*, o fato de não encontrar editor não basta para impedir a desapropriação. A resposta à questão teria pouca aplicação; mas, tivesse de ser para uma só espécie, nem por isso deixaria de ser delicada e importantíssima a questão. Desde que houve ato ou estado, que cessou mas pode repetir-se, ou ato que pode continuar estado, de que resultou dano, a ação de abstenção cabe, para que se não repitam atos contrários a direito; a contrariedade objetiva a direito, após o mandado, basta, porque se trata de inadimplemento do mandado e do dever de abstenção, e aquêle não exige a culpa para que se dê a infração ainda se êsse o exige. Disse-se que, com isso, se eleva à categoria de direitos subjetivos o interêsse, o bem jurídico, voltando-se a H. THON e E. R. BIERLING; mas é desatender-se a que as medidas preventivas, que abstraem do dano já causado, teriam a mesma conseqüência, e mais profundamente. Não na têm, porque há a regra jurídica (Código de Processo Civil, art. 675) e a enumeração das medidas preventivas feita pelo art. 676 da lei processual não é exaustiva (*Comentários*, IV, 24, 85-90). Nem se compreenderia que *antes* de haver dano se pudesse prevenir *e não já tendo havido aquêle* e *havendo temor* de nova contrariedade a direito.

Contra a ação de abstenção esboçou-se na jurisprudência alemã reação limitativa, que consistia em só ser admitida se houvesse o delito segundo a lei penal e a tutela jurídica penal fôsse insuficiente, ou se lei expressa a concedia. Tal atitude foi enèrgicamente exprobrada: primeiro,

porque, regressiva, apagava a separação entre a tutela jurídica civil e a penal; segundo, a ação de abstenção concerne a ataques futuros, bastando a contrariedade objetiva a direito; terceiro, seria deslocar para o terreno das deficiências da lei penal o que só é atinente ao temor de ataques; quarto, no tocante às contrariedades a direito *no futuro*, tôda lei penal é deficiente; quinto, não tratar outros direitos que o da propriedade menos favoràvelmente do que êsse, também seria regressivo, e faltaria aos outros direitos a ação negatória de que dispõe o direito de propriedade, além da ação de abstenção. A tutela jurídica penal de modo nenhum pode ser óbice à tutela jurídica civil pela ação de abstenção.

A ação de abstenção não pressupõe culpa; pressupõe contrariedade a direito. Sòmente nisso se parece com a ação de indenização. É inconfundível, também, com a cominatória do art. 998 do Código de Processo Civil (execução das obrigações de fazer ou de não fazer), pois essa já não é *preventiva.* Bem assim, com a ação do art. 302, XII, do Código de Processo Civil, quando se trata de crédito de omissão, que se funda em negócio jurídico, com prazo, se já houve infração. Se não houve, é ação de abstenção (preventiva), com a forma cominatória (art. 302, XII); ou de medida preventiva, se há temor de infração (art. 675, II).

6. MEDIDAS CAUTELARES E CONTRARIEDADE A DIREITO. – Quanto às medidas de segurança se não houve ainda contrariedade a direito, seria mais fácil pensar-se em se apagar a distinção entre direito subjetivo e interêsse protegido, mas também aí seria falso o enunciado. As ações das medidas preventivas ou cautelares não são ações sem direito de que elas provenham. É verdade que a respeito delas não há o argumento de que o prestar a abstenção haja de ser contínuo, nem se impõe que já se possa exigir. Todavia, é preciso atender-se a que as regras jurídicas que dão a pretensão à segurança são regras jurídicas como as demais. Incidem sôbre suportes fácticos, próprios, em que alguns elementos são efeitos de negócios jurídicos e atos ou estados perigosos, ou atos ilícitos que mostram existir perigo, ou efeitos de fatos jurídicos e atos ou estados perigosos. O arresto, por exemplo, supõe a dívida líquida e certa, como prova literal, e ato ou estado que torne difícil ou incerto o adimplemento (Código de Processo Civil, arts. 681, 676, I, e 675, II). A dívida e o ato ou estado perigoso apenas são elementos do suporte fáctico de tais regras jurídicas. No seqüestro, os elementos do suporte fáctico são a demanda sôbre a coisa e o receio de rixa ou violência entre os litigantes, ou o ato ou estado perigoso

para a entrega ou prestação da coisa (arts. 676, II e 675, I e II). Na exibição de livros, a pretensão à tutela jurídica e a necessidade de estabelecer prova com o que está em poder de outrem. Há sempre, nos suportes fácticos das medidas preventivas, efeito de algum fato jurídico (direito subjetivo, pretensão de direito das obrigações, ação), mas o suporte fáctico é próprio, e entra no mundo jurídico como fato jurídico *stricto sensu.* Não se pode *adiantar* que se trata de ato ilícito: teme-se o ato ilícito, ou temem-se os atos ilícitos. Se *houve* ato ilícito, êle apenas é elemento do suporte fáctico, e entende-se exatamente que a medida preventiva nada tem com êle, exceto no ter sido êle elemento do suporte fáctico da regra jurídica ou das regras jurídicas que permitiram o deferimento ao pedido de medida preventiva. Se houve reparação do dano, nada tem isso com a medida preventiva, que só previsse. Confundir o ato ilícito, que entra no suporte fáctico de outro fato jurídico, e êsse fato jurídico é confundir o elemento do produto químico com o produto químico. O casamento entra no suporte fáctico do desquite, mas o casamento é negócio jurídico e o desquite não no é, fora da espécie do art. 318 (mútuo consentimento, com homologação judicial). Na própria espécie do art. 318, é outro negócio jurídico, exatamente com eficácia desconstitutiva de efeitos do casamento; e, nos Estados que têm divórcio a vínculo, do casamento mesmo.

7. DEVER E OBRIGAÇÃO DE SEGURAR E MEDIDA DE SEGURANÇA. – Dever e obrigação são efeitos. Houve, antes, a incidência de regra jurídica sôbre suporte fáctico que entrou no mundo jurídico; dêsse fato jurídico, que dissemos ser fato jurídico *stricto sensu*, é que se irradiam efeitos. Não há dever e obrigação, direito e pretensão a segurar, inclusive a caucionar senão porque houve aquêle suporte fáctico, aquela incidência, a entrada do suporte fáctico no mundo jurídico, tornando-se fato jurídico, e dêsse se irradiaram tais efeitos (direito, pretensão, dever e obrigação de segurar). A prestação da medida de segurança já é execução da obrigação de medida de segurança; *e. g.*, a prestação de caução já é execução (voluntária, ou forçada estatalmente ou de mão própria, se é o caso) da obrigação de caução. Em si, tem por finalidade assegurar, mediante negócio jurídico, realização de pretensão atual ou futura. A caução pode existir sem ter havido, antes, o fato jurídico de que provieram dever e obrigação de caucionar: surge, então, como simples convenção entre as partes; é negócio jurídico, como as outras cauções, porém não é execução de obrigação de caucionar.

O dever e a obrigação de prestar caução podem ser derivados de lei, de aplicação de lei (resolução judicial), ou de negócio jurídico. São as três espécies de *cautio necessaria.* O usufrutuário, o usuário e o titular do direito de habitação têm, por lei, dever e obrigação de prestar caução. Em vez disso, a caução pode ser para exercício, por exemplo, do *ius tollendi*, se há receio de dano, para levantamento do preço da arrematação (Código de Processo Civil, art. 977, § 2.°), para recebimento na espécie do art. 1.510, etc. Também a caução pode ser conteúdo de exceção: o direito de retenção contém-na; por isso mesmo, é afastada a exceção, de regra, pela caução que o excetuado preste (arts. 1.199, 912, parágrafo único. 516, 2.ª parte, 1.799, 2.ª alínea). Algumas vêzes, a caução afasta direito de outrem, como acontece com a que preste aquêle sôbre cujos bens alguém tem penhor legal (arg. ao art. 778) ou hipoteca legal (art. 820).

Quando a caução se torna insuficiente, ou inadequada, tem-se de completar, ou substituir. Ao devedor é que cabe escolher, se, *in casu*, pode ser completada ou substituída; mas o credor pode dar como suficiente a que já o não é, e não pode pretender substituí-la o devedor, salvo alegando e provando interêsse superior.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 207. A – Legislação

O art. 1.092, parágrafo único, do CC/1916 corresponde aos arts. 476 e 477 do CC/2002. O art. 1.510 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual. O art. 529 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.281 do CC/2002. O art. 555 do CC/1916 corresponde ao art. 1.280 do CC/2002 e o art. 580, parágrafo único, do CC/1916 tem correspondência no art. 1.305 do CC/2002; o art. 729 do CC/1916 corresponde ao art. 1.400 do CC/2002; o art. 745 do CC/1916 é correspondente com o art. 1.413 do CC/2002; o art. 748 do CC/1916 corresponde ao art. 1.416 do CC/2002; e o art. 1.735 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.955 do CC/2002.

Os dispositivos citados no Código de Processo Civil se referem ao Código revogado de 1939 e não ao Código vigente.

§ 207. B – Doutrina

As medidas preventivas como técnica judiciária existentes no antigo Código de Processo Civil de 1939 foram substituídas no Código vigente, ao instituir as medidas cautelares do Título correspondente ao "Processo Cautelar".

As medidas cautelares são divididas em típicas e atípicas. O Código de Processo Civil impõe procedimento específico e típico para as seguintes medidas cautelares: o arresto (arts. 813 a 821 do CPC), a busca e apreensão (arts. 839 a 843 do CPC), o sequestro (arts. 822 a 825 do CPC), a caução (arts. 826 a 838 do CPC), a exibição (arts. 844 e 845 do CPC), a produção antecipada de provas (arts. 846 a 851 do CPC), os alimentos provisionais (arts. 852 a 854 do CPC), o arrolamento de bens (arts. 855 a 860 do CPC), a justificação (arts. 861 a 866 do CPC), os protestos, as notificações e as interpelações (arts. 867 a 876 do CPC), a posse em nome do nascituro (arts. 877 e 878 do CPC), o atentado (arts. 879 a 881 do CPC), a apreensão de títulos (arts. 885 a 887 do CPC). O protesto de títulos e contas judiciais (arts. 882 a 884 do CPC) não é medida cautelar, mais ato notarial. Eventualmente é que o juiz pode dele participar (art. 884 do CPC).

De outra banda, no art. 888 do CPC vêm discriminadas diversas medidas cautelares que podem ser concedidas através de procedimento cautelar comum (art. 889 do CPC), uma vez que a lei não tenha imposto procedimento específico.

Todas essas medidas, qualquer que seja o respectivo procedimento, denominam-se medidas cautelares típicas ou nominadas, uma vez que recebem da lei um *nomen juris* ou a denominação do respectivo conteúdo (Marques, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* ed. rev., atual. e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000. vol. V, p. 439, n. 1475).

No entanto, há medidas atípicas que podem ser concedidas para assegurar o resultado do processo de conhecimento, desde que exista "fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798 do CPC).

As medidas cautelares são sempre provisórias, como faz referência o art. 798 do CPC, ao aludir às providencias cautelares atípicas.

A fungibilidade das medidas cautelares vem prevista no art. 805 do CPC.

José Frederico Marques conceitua a ação cautelar como "o direito de pedir a tutela jurisdicional de igual nome" (Marques, José Frederico. *Instituições*... cit., vol. V, p. 448, n. 1480).

"A pretensão cautelar tem de ser objetivamente razoável, sem o que faltará interesse processual para propor a ação de igual nome" (Marques, José Frederico. *Instituições*... cit., vol. V). Essa razoabilidade está presente na afirmativa de que existe *periculum in mora* e de que há *fumus boni juris* (sinal de bom direito).

É pressuposto necessário da pretensão cautelar a situação jurídica do processo cujo resultado se procura assegurar. Eis porque, "o pedido, que é objeto da ação cautelar, deve, portanto, ser adequado à situação a que se procura tutelar e buscar-se em afirmativa razoável de sua necessidade, pois só assim existirá o interesse processual em propor a referia ação", sendo indiscutível, de outro lado, "que a ação cautelar está condicionada à possibilidade jurídica do pedido" (Marques, José Frederico. *Instituições*... cit., vol. V, p. 445).

Diante disso, as medidas preventivas, hoje extintas, mencionadas por Pontes de Miranda, podem ser substituídas pelas medidas cautelares nominadas ou

inominadas do Código de Processo Civil em vigor, desde que preenchidos os requisitos legais para sua utilização em juízo.

O vigente Código de Processo Civil não consagrou, em capítulo próprio, entre os procedimentos especiais, a ação cominatória, que continha pedido com mandado de preceitos, para compelir o réu à prática ou abstenção de determinado ato, sob cominação de pagar multa contratual, ou aquela que fosse suscitada pelo autor. Não contestada a ação, o juiz proferia, desde logo, a sentença, caso contrário, o processo tomava o rito ordinário (art. 303 do CPC/1939).

Todavia, o art. 287 CPC vigente dispõe: "Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade ou a prestar fato que possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença".

Trata-se da ação ordinária com pedido ou preceito cominatório.

Finalmente, não se pode olvidar o instituto da antecipação da tutela, na forma permitida em lei.

§ 208. ANALOGIA COM A AÇÃO NEGATÓRIA

1. PRETENSÃO À CAUÇÃO E PRETENSÃO NEGATÓRIA. – A analogia maior da pretensão e da ação de abstenção e da pretensão à caução ou ação de caução é com a pretensão e ação negativas. Mas a pretensão à caução *pode* ser ligada, em alguns casos, a fato culposo, cuja culpa se apure, ao passo que à pretensão à abstenção e à negatória basta a contrariedade objetiva a direito. Não se pode buscar analogia com a responsabilidade pelo perigo (animais perigosos, coisas perigosas), contrariedades a direito transubjetivas.

2. AÇÃO DE ABSTENÇÃO E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO E DE CESSAÇÃO. – A ação de abstenção pode ser para que cesse, se o ato é continuativo, ou se há estado, ou série de atos. Também aqui não há confundir-se a *ação de indenização* e a *ação de cessação* (que cabe no art. 302, XII). A ação de cessação é espécie da ação de abstenção, e não há suposição de culpa; a contrariedade objetiva a direito basta. Se A foi injuriado por B e pediu indenização do dano, nem por isso fica privado de pedir, por ação de abstenção, a cessação das injúrias, e a *retratação* é exatamente o que impede de continuar a produzir danos a injúria. A reparação do dano é uma coisa; outra, a retratação, para a qual a ação própria é a de abstenção, ou a ação mesma de retratação.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 208. B – Doutrina

Reporta-se à atualização feita no parágrafo anterior quanto às ações cominatórias que não mais existem no Código de Processo Civil em vigor.

CAPÍTULO VII
ATOS-FATOS JURÍDICOS

§ 209. CONCEITO E LUGAR EM CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

1. CLASSE DOS ATOS-FATOS JURÍDICOS. – Os atos-fatos jurídicos são os fatos jurídicos que escapam às classes dos negócios jurídicos, dos atos jurídicos *stricto sensu*, dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações, da posição de réu e de exceptuado (ilicitude infringente contratual), das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos *stricto sensu*. Abrangem os chamados *atos reais*, a *responsabilidade sem culpa*, seja contratual seja extracontratual, e as *caducidades sem culpa* (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fáctico, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, êsses atos são tratados como ato-fato. Os fatos ou atos excludentes (não os confundamos com os fatos ou atos extintivos) não entram nessa classe, porque o direito sòmente se preocupa com êles, para enunciar, *ainda no terreno fáctico*, que, se o suporte fáctico A é suficiente, ocorrendo o fato a ou o ato, positivo ou negativo, *b*, o suporte fáctico fica diminuído de *a*, ou de *b*, e, pois, é insuficiente. O direito, por isso mesmo que, a propósito de tais fatos excludentes, se mantém no plano fáctico (= *na descrição do suporte fáctico suficiente*), pode entender que o suporte fáctico do momento A sòmente entra no mundo jurídico se *a*, ou *b*, não ocorre.

2. ATO HUMANO E ATO-FATO. – Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vêzes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que

em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação "fato, homem"), com o que se elide o último têrmo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico.

Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida e do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior. *Actus* vem de *ago*, *agere*. Há movimento próprio, com *objetivo*, ou mesmo *fim*; não há só o *alcance*, que é o da pedra que rola e bate na muralha, ou da fruta, que cai. Agir com o dedo indicador deu *indago*, indagação. Agir, indeciso, deu *ambiguus*, ambigüidade. Porque já há opção no agir, e bastou o prefixo para a confundir. Tanto é implícita a opção no agir, que *at*, "mas", no latim, e *ak*, "mas", no gótico, no anglo-saxônico e no velho saxônico, têm o mesmo étimo. No *factum*, há, apenas, o "feito"; donde poder-se distinguir do fato a vontade (*distinguire voluntatem a facto*). Se esvaziamos os atos humanos de vontade (= se dela abstraímos = se a pomos entre parênteses), se não a levamos em conta para a juridicização, o *actus* é *factum*, e como tal é que entra no mundo jurídico. É de tratar-se, então, como aquêles fatos que, de ordinário, ou por sua natureza, nada têm com a vontade do homem. É o *casus* (cf. casus fortuitus, *Casum sentit dominus*, *Casus a nullo praestatur*), a simples queda, o acaecimento, ou acontecimento, duas palavras portuguesas que têm o mesmo étimo (*cadescere*, como *cadere*, cair).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 209. B – Doutrina

Pontes de Miranda inclui, na classificação dos fatos jurídicos, os denominados atos-fatos jurídicos. São atos que, embora dependentes da atuação humana, o direito não levou em conta a intenção de praticá-lo.

Leve-se em conta o efeito resultante do ato que tenha repercussão jurídica, inclusive gerando dano ou prejuízo a terceiros.

Pontes de Miranda inclui, entre os atos-fatos jurídicos, os chamados "atos reais", a "responsabilidade sem culpa", seja contratual ou extracontratual, e as "caducidades sem culpa" (exceto o perdão).

Todavia, conforme asseveram Stolze Gagliano e Pamplona Filho, "em alguns momentos, torna-se bastante difícil diferenciar o ato-fato jurídico do ato jurídico em sentido estrito". Isso porque, nesta última, "a despeito de atuar a vontade humana os efeitos produzidos pelo ato encontram-se previamente determinados pela lei, não havendo espaço para a autonomia da vontade" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Parte geral.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 323).

I. ATOS REAIS

§ 210. CONCEITO DE ATOS REAIS

1. ESPÉCIE DE ATOS-FATOS JURÍDICOS. – Os *atos reais*, ditos, assim, por serem mais dos fatos, das coisas, que dos homens – ou *atos naturais*, se separamos natureza e psique, ou *atos meramente externos*, se assim os distinguirmos, por abstraírem êles do que se passa no interior do agente – são os atos humanos a cujo suporte fáctico se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que se haja querido a juridicização dêles, nem, *a fortiori*, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fáctico (= o suporte fáctico seria suficiente, ainda sem ela).

2. EXEMPLOS DE ATOS REAIS. – São os principais *atos reais*: *a*) a *tomada de posse* ou aquisição da posse; *b*) a transmissão da posse pela *tradição*; *c*) *o abandono da posse*; *d*) *o descobrimento do tesouro*; *e*) a *especificação*; *f*) a *composição de obra científica, artística ou literária*; *g*) a *ocupação*.

F. VON SAVIGNY (*System*, III, 812 s.) ainda tinha o pagamento como negócio jurídico, bilateral, sem levar em conta os muitos casos em que se não exige, sequer, a colaboração do devedor e do credor. Para se explicarem tais exceções à pretensa regra de se submeter o pagamento aos princípios do negócio jurídico, chegou-se a pensar em ficção da aceitação (processo de construção que O. BÜLOW, Über den Begriff des gerichtlichen Geständnisses, *Archiv für die civilistische Praxis*, 88, 333, enèrgicamente zurzia, cf. A. STÖLZEL, *Schulung*, II, 2.ª ed., IX, e E. ALEXANDER, *Die rechtliche Natur der Erfüllung*, 16), A concepção bilateralística perseguia

os juristas. Assimilava-se a solução das dívidas ao contrato, ao acôrdo de transmissão. Contrato liberatório, cria-o J. A. GRUCHOT (*Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld*, 12); negócio jurídico bilateral, porém não contrato, afirmava L. GOLDSCHMIDT. Todavia, J. KOHLER (Annahme und Annahmeverzug, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 17, 362) feriu o ponto: há pagamento e objeto de pagamento. Ainda depois do Código Civil alemão, persistiram os contratualistas (F. SCHOLLMEYER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 275; R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 221; B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, 2.ª ed., 374; A. STÖLZEL, *Schulung*, II, 2.ª ed., 156; G. COHN, em W. ENDEMANN, *Handbuch des Handelsrechts*, III, 1000; O. BERNER, *Verrechnung von Zahlungen*, 11; A AFFOLTER, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte*, 6 s. e 19; W. HERTZ, *Die Zahlung einer fremden Schuld*, 5, e outros). Quando se descia à aplicação do conceito, as divergências surgiam, como a respeito do pagamento por ato unilateral do devedor, que alguns negavam (*e. g.*, C. SCHANZENBACH, *Giebt es oder inwieweit giebt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung*?, 7) e a inexigência de pressupostos subjetivos por parte do credor, em certos casos (*e. g.*, educação, tratamento e alimentação de absolutamente incapazes, P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 97; F. SCHOLLMEYER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 277). O que os impressionava era o ato positivo que há no pagamento, sem que fôssem de ânimo isento para elevar construção doutrinai científica. Por outro lado, não se atendeu a que a cooperação do credor só é de mister se se precisa de negócio jurídico para o adimplemento, o que nada tem com a questão de, ser negócio jurídico, ou não, o pagamento (P. SCHINGNITZ, *Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich*?, 3 s.).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 210. B – Doutrina

Para Pontes de Miranda, "ato reais" são aqueles atos-fatos jurídicos ligados mais às coisas que aos homens. São "os atos humanos a cujo suporte fático se dá entrando como fato jurídico no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes (...). Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela)" (§ 210, 1).

Vicente Ráo, ao tratar das distinções e subdivisões dos atos não negociais, segundo a doutrina germânica, oferece uma clara exposição a respeito. Sob a

designação genérica de "atos conforme o direito", Biermann distingue: (a) as declarações de vontade que constituem negócios jurídicos, onde o agente visa determinados resultados, ordenados pela lei, para que produzam efeitos exatamente por serem queridos pelo agente; (b) as "exteriorizações de vontade que não constituem negócios jurídicos", que produzem resultados ou efeitos jurídicos, não por força da vontade do agente (que os pode querer ou não), mas por força da lei; (c) as "exteriorizações de ideias e representações", cuja vontade de que resultam, não se dirige à consecução de um resultado jurídico, mas se destina a exteriorizar a ideia, a representação mental do agente sobre determinado fato (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*.4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 43, n. 9).

Os "atos reais", segundo a concepção de Enneccerus, "se caracterizam pelos 'resultados de fato' ou 'resultados técnicos' que, embora não pertençam à esfera do direito, podem, de conformidade com a lei, produzir efeitos jurídicos: assim, *v.g.*, a especificação apenas requer, para verificar-se, a formação de fato de uma nova coisa, mas, deste resultado de fato pode resultar, de acordo com a lei, a aquisição da propriedade" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 43, n. 9).

§ 211. A) TOMADA DE POSSE

1. PODER FÁCTICO. – A tomada de posse é poder fáctico sôbre a coisa, ao iniciar-se; é o ponto inicial, portanto, dêsse poder; ato humano, que se trata como ato-fato (A. MANIGK, *Dos Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 30; P ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 209 s.; antes dêles: G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, III, 32; O. FISCHER e W. HENLE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 419; H. NEUMANN, *Handsausgabe*, I, 414; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, III, 2.ª ed., 54 s.; J. BIERMANN, *Das Sachenrecht*, 2.ª ed., 5 s.; E. I. BEKKER, Zur Reform des Besitzrechts, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 30, 310-316; E. STROHAL, Zum Besitzrecht des Entwurfs, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 70-78; Der Sachbesitz nach dem BGB., *Jherings Jahrbücher*, 38, 66-68; F. KNEEP, *Der Besitz*, 91 s.; FR. LEONHARD, *Die Vertretung beim Fahrniserwerb*, 69 s.; R. SALEILLES, *De Ia Possession des meubles*, 1-66; L. RAAPE, *Besitzerwerb ohne Besitzwillen*, passim). A opinião contrária (V. BRUNS, *Besitzerwerb durch Interessenvertreter*, 58 s.; E. BRODMANN, em G. PLANCK, *Kommentar*, III, 36 s.; EBBECKE, Besitzstand, *Das Recht*, IX, 265; E. ZITELMANN, Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, *Jherings Jahrbücher*, 70, 21) foi superada. No direito

brasileiro, destoaria do art. 485, que diz: "Considera-se possuidor todo aquêle que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos podêres inerentes ao domínio, ou propriedade".

2. CONSEQÜÊNCIAS. – Para tomar posse, inicialmente, não é preciso que o tomador da posse seja capaz. O absolutamente incapaz pode tomar posse da coisa; *e. g.*, o louco, que apanhou a moeda e a tem consigo, tomou e mantém a posse dela, e a criança de dez meses que segurou a pepita de ouro sòmente pode ser desapossada pela pessoa que a vigie, podendo estabelecer-se colisão de interêses entre ela e essa pessoa, ainda titular do pátrio poder. Não há alegabilidade de vícios de vontade quanto à tomada de posse; portanto, não há anulabilidades da tomada de posse. Nem há nulidades. Tomada de posse ou houve, ou não houve.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 211. A – Legislação

O art. 485 do CC/1916 tem correspondência no art. 1.196 do CC/2002 com a seguinte redação: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

§ 211. B – Doutrina

Não se discute na doutrina que a tomada de posse é poder fático sobre a coisa.

§ 212. B) TRADIÇÃO DA POSSE

1. ENTREGA CORPORAL, ATO-FATO. – A entrega corporal da coisa supõe, do lado de quem obtém o poder fáctico, o mesmo que ocorre na ocupação; e, do lado de quem entrega, o fato de transmitir a posse, como ato. Já no ato da transmissão, pelo lado ativo, há abstração do impulso "toma!"; basta que haja "sim!", ou "como queira!" Com os olhos, aponta-se; aponta-se com outros gestos, – com o próprio silêncio, *entregando-se*, desde que

se possa colher a vontade de entregar, ou de iniciativa própria, ou de iniciativa de quem vai obter o poder fáctico, ou de outrem, que sugira, peça, ou pergunte. O conteúdo do ato é, pois, extremamente rico. Não há a exigência de manifestação de vontade, quer da parte de quem transmite, quer da parte de quem obtém o poder fáctico. Não se pode pensar, portanto, na "tradição" segundo o art. 520, II, como se fôsse a "tradição" segundo os arts. 620-622. A tradição, transmissão da posse, é ato-fato jurídico, não é negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu*.

2. CONSEQÜÊNCIAS. – O absolutamente incapaz pode entregar a posse, inclusive ao próprio absolutamente incapaz; não pode, pela tradição, transmitir a propriedade da coisa móvel. O relativamente incapaz e os que precisam do assentimento de outrem podem transmitir a posse; seria anulável a transmissão da propriedade, sem o assentimento da outra pessoa. Sempre que há transmissão da posse, sem que haja transmissão da propriedade, há perda da posse, por uma pessoa, e aquisição *derivada* da posse, por outra (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch*, III, 8.ª ed., 32, considera-a *originária*, o que é contraditório com dizer que o absolutamente incapaz pode entregar a posse). Em todo o caso, ainda exigiam a capacidade negocial, do lado dos transmitentes, V. BRUNS (*Besitzerwerb durch Interessenvertreter*, 82 s.), P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 103; E. BRODMANN (em G. PLANK, *Kommentar*, III, 4.ª ed., 387), A VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, II, *1*, 361), E. ZITELMANN (übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, *Jherings Jahrbücher*, 70, 23 s.) e L. RAAPE (Gebrauchs- und Besitzüberlassung, *Jherings Jahrbücher*, 71, 160 s.), Nem se exige ser capaz ao que adquire a posse (L. ROSENBERG, *Sachenrecht*, 28).

A aquisição da posse não requere capacidade negocial, exceto quando se tratar de algum dos modos de aquisição da posse que não sejam a apreensão da coisa ou o exercício do direito (art. 493, I), ou o fato de se dispor da coisa ou do direito (art. 493, II): o art. 493, parágrafo único, só se há de entender como referência ao art. 493, III (qualquer dos *outros* modos de aquisição em geral). Não há vícios de vontade, nem nulidade, a propósito de tradição segundo o art. 520, II.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 212. A – Legislação

O art. 520, II, do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil vigente. Referido dispositivo do Código revogado tratava da perda da posse das coisas "pela tradição".

Os arts. 620 a 622 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 1.267 e 1.268 e seus §§ do CC/2002.

O art. 493 do CC/1916 não tem correspondente no Código Civil atual. No Código Civil revogado tal dispositivo tratava da aquisição da posse.

A "aquisição da posse" atualmente vem tratada nos arts. 1.204 a 1.209 do CC/2002, enquanto a "perda da posse" está regula nos arts. 1.223 e 1.224 do CC/2002.

§ 212. B – Doutrina

Tem interesse no tema versado por Pontes de Miranda que o art. 1.267 do CC/2002 dispõe: "A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição". Tradição que se subentende no constituto possessório, quando o transmitente permanece na posse do bem, mas em nome do adquirente.

§ 213. C) ABANDONO DA POSSE

1. Abandono do poder fáctico. – A posse perde-se, entre outros casos, pelo abandono do poder fáctico (art. 520, I). É preciso, portanto, que se perca o poder fáctico; não basta a perda do *direito* à posse (daí haver ações de outrem, contra o possuidor, para imissão na posse). Se é certo que a manifestação de vontade de transmitir a posse pode bastar à perda, não basta ao abandono dizer o possuidor que o quer deixar de ser (L. Rosenberg, *Sachenrecht*, 50; E. Rohde, *Studien im Besitzrecht*, XV, 58; diferente, K. Cosack, *Lehrbuch*, II, 89). A vontade sòmente é suficiente se o possuidor não tem mais o poder fáctico, ou não o exerce efetivamente, ou se adquiriu a posse pelo constituto possessório. A manifestação de vontade não é necessária; por isso, o abandono da posse é ato real, subclasse dos atos-fatos jurídicos. Abandono de posse não é declaração de vontade, nem, sequer, manifestação de vontade.

2. IMPEDIMENTO AO EXERCÍCIO DO PODER FÁCTICO. – Mero impedimento, passageiro, ao exercício do poder fáctico não acarreta perda da posse. O viajante continua de ter posse das coisas que estavam sob o seu poder efetivo, ao embarcar; porque a ausência não o suspende, nem o interrompe, nem permite aos outros que se apossem dessas coisas. O condenado, durante o tempo da prisão, ou fuga, não deixa de possuir o que possuía e não abandonou. Se alguém se esquece do livro, que estava a ler no campo, ou na praia, ou levara à casa de outrem, ou não encontrara ao procurá-lo, não perde a posse. Se a inundação cobre o sítio, ou parte dêle, a posse continua. Se o incêndio na casa, ou no prédio vizinho, obriga o possuidor dela a tirar o que nela se contém e levá-lo para longe, não perde a posse. Nem a perde o que, locatário do prédio, o fecha, e vai morar em outro, ou noutra cidade. Perde-a, por outro se meter no sítio, o que recebeu a posse em escritura e não foi tomar o poder fáctico. Perde-a também o que é forçado ao abandono, pelo estado de necessidade (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 199), como se o piloto lança à terra alguma arma que não pode, por lei, estar a bordo do avião, ou o comandante do navio, para diminuir o pêso da carga, joga ao mar mercadorias. Não na perde o que admite *restrições* ao seu poder fáctico, como se, para as férias, o possuidor permite que o vizinho passe por seu sítio, por ter caído a ponte para a rua em que êsse mora.

3. CONSEQÜÊNCIAS. – Ato-fato, o abandono da posse não exige a capacidade para os atos jurídicos negociais e *stricto sensu*. O absolutamente incapaz não pode derrelinquir (= perder, por abandono, a propriedade), mas pode abandonar a posse, se êle, e não o representante legal, a tinha; idem, o relativamente incapaz. O servidor da posse pode perdê-la pelo possuidor; porém também aqui não basta a manifestação de vontade, se abandono do poder fáctico não houve. Se o servidor da posse se serve dela para seus fins, ou se apropria da posse, o possuidor não na perde (L. ROSENBERG, *Sachenrecht*, 49). Não há vícios de vontade, nem há licitude, a propósito de abandono da posse.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 213. A – Legislação

A perda da posse vem regulada nos arts. 1.223 e 1.224 do CC/2002. O art. 1.520, I, do CC/1916, que tratava da perda da posse pelo "abandono" não tem dispositivo correspondente no Código Civil atual.

§ 214. D) DESCOBRIMENTO DE TESOURO

1. NATUREZA DO ATO. – O descobrimento do tesouro (arts. 607-610 do Código Civil brasileiro; argentino, arts. 2.585-2.590) é ato-fato. Supõe-se que a coisa esteja guardada e não se saiba quem a guardou. Não é preciso que tenha tido dono; abstrai-se disso. Pode ter tido, pode não ter tido (as moedas abandonadas, porque alguém as jogou no mar, derrelinquindo-as, e alguém, achando-as, guardou no buraco da pedra, não mais tinham dono, e podem ser achadas pelo que se aproprie delas, como tesouro). No suporte fáctico há de haver o *descobrimento* (fato) e a *tomada de posse*: se A descobre tesouro na parede do hotel e fecha de nôvo a parede, porque tem de embarcar naquela hora e lhe falta tempo para falar ao proprietário do hotel, que tem direito sôbre a metade (art. 607), pode outro hóspede, ou o empregado, ou outra pessoa, descobri-lo de nôvo, e retirá-lo. O suporte fáctico só se completou para o -segundo descobridor. O que toma posse do tesouro, sem ter sido descobridor, também não tem qualquer direito a êle.

2. CONSEQÜÊNCIAS. – Há, no descobrimento de tesouro, dois atos-reais, o de descobrir e o de tomar posse do tesouro. Não é preciso que o descobridor seja capaz: *a*) o absolutamente incapaz pode descobrir o tesouro, e tomar posse dêle; pode descobri-lo, e tomar posse dêle, *por êle*, o seu representante legal, ou o servidor da posse; *b*) o representante legal de incapaz que, sem ser como representante, descobriu tesouro, pode tomar posse dêle, por meio do absolutamente incapaz; *c*) o servidor da posse, encarregado de verificar se há algum valor nos móveis, ou nas paredes, ou no telhado, descobre pelo que o encarregou disso, bem assim os possui-

dores imediatos encarregados das pesquisas; *d*) se o que é dono do prédio, ou patrão de alguém, ou possuidor mediato, não encarregou alguém das pesquisas, não descobre: quem descobre é o que pratica o ato real; *e*) as pessoas jurídicas descobrem e tomam posse, por seus órgãos. Não há vícios de vontade a propósito de descobrimento de tesouro, como da tomada de posse. Nem nulidade.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 214. A – Legislação

Os arts. 607 a 609 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 1.264, 1.265 e 1.266 do CC/2002. O art. 610 do CC/1916 não possui dispositivo correspondente no Código Civil atual.

O Código Civil vigente, na seção correspondente, traz a denominação "Do Achado ou do Tesouro".

§ 215. E) ESPECIFICAÇÃO

1. Conceito. – Na especificação, o suporte fáctico há de conter a formação de *nova species*, coisa nova, pelo ato de se elaborar com uma, ou mais matérias, ou de se transformarem duas ou mais matérias ou uma só. Não só se repara: reparar é manter o que é, com retoques, consertos, respaldos; nem se unifica: a união de duas ou mais coisas, para se ter uma só, não é especificação. O conceito de *nôvo* é o da vida de todos os dias: supõe, apenas, que se reconheça o elemento trabalho humano (ofícios manuais, indústrias). É tanto especificador o ourives quanto o marceneiro e o cozinheiro. São-no o escultor e o pintor, ainda que o sistema jurídico haja adotado o instituto da propriedade intelectual à parte, porque os conteúdos dos direitos são diferentes, como diferentes as composições dos respectivos suportes fácticos.

A mudança de forma nem sempre é necessária; pode haver *nova species* com a mistura química, sem que a liga de metais baste, ou baste o metal sem mistura.

2. Conseqüências. – A especificação é ato-real; não exige capacidade: ainda absolutamente incapazes podem especificar. Nem há anulabilidades por vícios de vontade. Nem especificações nulas.

3. Ilicitude e vícios de vontade do especificador. – A propósito de especificação, não há pensar-se em ilicitude, ou qualquer outra causa de nulidade, nem em anulabilidade por vícios de vontade. Se o ato do especificador foi previsto em lei penal, entra no mundo jurídico como ato ilícito penal (crime ou contravenção), não a especificação, ato-fato jurídico.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 215. A – Legislação

A especificação, como produção de uma nova coisa, era tratada nos arts. 611 a 613 do CC/1916 e nos arts. 1.269 a 1.271 do CC/2002.

§ 216. F) CRIAÇÃO INTELECTUAL

1. Ato-fato jurídico. – A criação científica, literária, ou artística, é ato-real. A pintura, a escultura, ou livro, ou a descoberta científica, ou o trabalho de ourives, feito pelo louco, ou pelo surdo-mudo, que não pode exprimir a vontade, ou pelo menor de dezesseis anos, é aquisição originária dêle. Os efeitos provenientes de registo são relativos à segurança jurídica, e já se passam noutro plano que o capítulo do direito das coisas concernente à aquisição pelo ato real.

A figura da especificação pode surgir quando se trata de propriedade literária, ou artística; porque essa é relativa à reprodução, ou à divulgação, e aquela, precisamente, à matéria com que se criou.

2. Conseqüências. – O ato de criação intelectual não está subordinado aos princípios de validade, nulidade, ou anulabilidade Não há descobrimento científico nulo, ou anulável, nem criação literária, ou artística,

nula ou anulável. Se o ato ofendeu algum direito alheio, tem-se de verificar como é que tal ato entra no mundo jurídico, porém, então, não é como ato de criação que entra. O plágio é ato ilícito, quer no direito privado, quer no direito penal. A ofensa à reputação de alguém é ato ilícito, quer no direito privado, quer no direito penal. Não é o ato de criação que está em causa. Não se pode pedir a anulação do ato-fato jurídico da criação científica, literária, ou artística, por ter havido dolo, êrro, ou coação, simulação, ou fraude contra credores. Se houve negócio jurídico respeito ao livro, à descoberta científica, à escultura, à pintura, ou ao trabalho de ourives, qualquer nulidade ou anulabilidade sòmente pode ser concernente ao negócio jurídico.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 216. A – Legislação

A criação intelectual vem regulada em lei especial que trata dos direitos autorais (Lei 9.610, de 19.02.1998).

Trata das "obras intelectuais" com o seguinte conceito: "São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro", vindo a discriminar as obras protegidas pela lei (art. 7.° da Lei 9.610/1998).

Pelo art. 3.° da Lei 9.610/1998, "os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens imóveis".

§ 217. G) OCUPAÇÃO

1. Ato-fato jurídico. – Na ocupação, há ou não há a vontade do ato de ocupar; portanto, o direito recebe o suporte fáctico (= a regra jurídica incide e o suporte fáctico entra no mundo jurídico), sem se interessar pela vontade que houve, ou não, de que o suporte fáctico entrasse no mundo jurídico. Para comprar-e-vender, é preciso que os dois figurantes queiram a compra-e-venda, um a venda e outro a compra. Para trocar, que ambos queiram a troca. Para ocupar, não: se é certo que há ato humano, necessàriamente, na ocupação, êsse ato é recebido pelo mundo jurídico com in-

diferença pela vontade de adquirir a propriedade. A opinião contrária, que tem a ocupação como negócio jurídico, revela reminiscências reprováveis, e está superada, mal-servindo à doutrina francesa e a outras. Na Alemanha mesmo, – se bem que a torrente dos juristas excluam o elemento vontade (E. ZITELMANN, *Irrtum, und Rechtsgeschäft*, 311-316; R. LEONHARD, *Allgemeiner Teil*, 253; A. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte*, 24-36; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª ed., 123; FR. HELLMANN, *Vorträge*, 61, Zur Lehre von der Willenserklärung, *Jherings Jahrbücher*, 42, 441 s.; O. FISCHER e W. HENLE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 48;. KARL GAREIS, *Der Allgemeine Teil*, 106 s.; P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 216 s.; H. ISAY, Zur Lehre von den Willenserklärungen, *Jherings Jahrbücher*, 44, 43 s.), – ainda admitiam que se tratasse de negócio jurídico E. I. BEKKER (*System*, II, 47), O. VON GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, I, 281), H. REBHEIN (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 101), L. ENNECCERUS (*Das Bürgerliche Recht*, 2.ª ed., I, 138) e L. KUHLENBECK (*Von den Pandekten*, 395).

2. DISCUSSÃO DO ASSUNTO. – O problema da classificação da ocupação (arts. 592 e 593), isto é, a questão de se saber se a ocupação é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, ou ato-fato jurídico, é uma das mais delicadas do direito, não só do direito privado como do direito público. No direito civil brasileiro, assume importância especialíssima, devido a ter-se abstraído do elemento *animus*, na teoria da posse, indo-se, em alguns pontos, além do Código Civil alemão, e ao fato de ter o art. 592 redação que afasta a discussão havida, no direito civil alemão, em tôrno do § 958, alínea 1.ª, do Código Civil alemão. Enquanto o § 958, alínea 1.ª, diz que adquire a propriedade da coisa o que toma posse própria (= como dono), *in Eigenbesitz nimmt*, de coisa móvel adéspota (= sem dono), *eine herrenlose bewegliche Sache*, o Código Civil brasileiro usou de expressões que de modo nenhum lembram o *animus* da teoria romana, subjetivista, da posse (art. 592): "Quem se assenhorear de coisa abandonada, ou ainda não apropriada, para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei". Nenhuma alusão ao *animus domini*. É verdade que a melhor interpretação do § 958, alínea 1.ª, é a que não empresta à distinção entre posse própria (*Eigenbesitz*) e posse derivada assunção de atitude quanto à teoria da posse. O direito civil brasileiro não pode ser criticado pelo uso de tais expressões: o art. 486 evitou-as. Porém é demasiado exprobrar-se ao Código Civil alemão, que delas usou, o conservar resto do velho *animus domini*, como fêz L. F. A.

E. BARTELS (Ausführungen zur Besitzlehre des BGB, *Gruchots Beiträge*, 42, 646); tanto mais quanto não importa, sequer, a *opinio dominii*, que é necessária ao elemento fáctico da boa fé, porém não ao suporte fáctico da posse própria (o ladrão tem posse própria). O texto do art. 592 do Código Civil brasileiro facilita, *de lege lata*, a solução da questão, tornando inútil o exame das discussões em tôrno do § 958, alínea 1.ª, do Código Civil alemão. Por exemplo, H. DERNBURG (*Dos Bürgerliche Recht*, III, 47; idem, KREBS, *Über Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 28 s.) aludiu à "situação de proprietário", o que lembra a referência de R. VON JHERING (*Der Besitzwille*, 167) à propriedade, que se "presume" em todo poder fáctico sôbre a coisa (cp. Código Civil francês, art. 2.230); J. AUERBACH (*Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes*, 4 s.) e FRIEBE (*Ist zum Eigenbesitz der sogen.* animus domini *erforderlich*?, 67 e 68), nas pegadas de O. FISCHER em tôrno do § 872 do Código Civil alemão, invocam como conteúdo da posse própria o "fim de exercício da propriedade", o que mal disfarça o elemento subjetivo. Por sua vez, R. KNAUTH (*Die Bedeutung des Eigenbesitzes*, 13) chegou a dizer que se não pode negar a existência de tal elemento subjetivo. O grande êrro da doutrina alemã foi inquirir da questão da incapacidade, perguntando se o incapaz podia ocupar, em vez de apurar qual a diferença, se tal diferença existia, entre o sentido da posse própria, tratando-se de teoria possessória, e a posse própria exigida para a aquisição por ocupação. Quando se livrava disso, atribuía demasiada significação ao § 958, alínea 1.ª. Foram típicas de uma e outra atitude as opiniões de F. KNEEP (*Der Besitz*, 104), que exigia o elemento volitivo para aquisição, descambando para a teoria subjetiva da posse, que o Código Civil alemão repelira, e de E. STROHAL (Der Sachbesitz, *Jherings Jahrbücher*, 38, 13), que admitiu ter o Código Civil recebido, a propósito de posse própria, a teoria romanística da posse com *animus domini*, depois de haver sustentado, *de lege ferenda* (Zum Besitzrecht des Entwurfs, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 29, 367), que a posse pode ser própria sem haver *animus domini*. Aquêles que exigem como distintivo da posse própria e da posse derivada o fim da posse, como G. PLANCK (*Kommentar*, III, 32), confundem dois dos três fatos típicos, que, no terreno filosófico e científico, temos caracterizado com tôda precisão: o fim, o objetivo e o alcance (a pedra, que cai, alcança o muro; o cão, que corre para agarrar o pau, avançou para objetivo; o homem, que sai para procurar o livro, de que precisa, tem um fim, que é o encontrá-lo). Na ocupação, como na aquisição da posse sem aquisição da propriedade (a coisa de outrem), não é preciso que haja o fim, – basta que haja o objetivo. Por

isso mesmo a ocupação, no direito brasileiro, com grande acerto *de iure condendo*, é ato-fato jurídico, podendo adquirir a posse e a propriedade o absolutamente incapaz, por loucura, por idade, ou por surdo-mudez. Se alguém, que está a mudar-se, joga à rua, ou a terreno aberto, ou a monturo, brinquedos de criança, ou latas vazias ou cheias, a criança, ou o louco, ou o surdo-mudo absolutamente incapaz, que de algum dêsses objetos se assenhoreie, com *objetivo* de assenhorear-se, o que o cão também poderia ter, se torna proprietário da coisa apreendida.

3. PRESSUPOSTOS DA OCUPAÇÃO. – Os dois primeiros pressupostos objetivos da ocupação são a *apropriabilidade* da coisa e o *ser sem dono*. Se a coisa é suscetível de ser objeto de propriedade e não é, no momento, de ninguém, os dois pressupostos estão satisfeitos. Os dois outros pressupostos são subjetivos, porém não psíquicos, de jeito que apenas completam aquêles: poder ser titular do direito de propriedade o que ocupa (capacidade de direito); o fato da ocupação por êle. Quem, capaz de direito, se apossa de coisa sem dono, que poderia ter dono, adquire-a por ocupação.

A apropriabilidade apura-se no momento, tal como está a coisa, ou tal como ficou por ato do que dêle se assenhoreou. O ser sem dono a coisa só se apura, quanto à ocupação, objetivamente: para se saber se houve aquisição, não importa a *opinio dominii* do possuidor; pode alguém adquirir, crendo que a coisa, de que se assenhoreou, pertence a outrem, e não se adquire a coisa que pertence a outrem (*e. g.*, foi perdida), ainda que se tenha intenção de adquiri-la e se creia que não tem dono. A capacidade de direito têm-na todos os homens e pessoas jurídicas. O poder efetivo é aquêle mesmo que se define a respeito da posse (arts. 485 e 493, I). No direito brasileiro, abstrai-se do *animus* e do *corpus*. A teoria da posse, que se adotou, reflete-se no direito das coisas, quanto à ocupação, com tôdas as conseqüências que F. C. GESTERDING (*Entwickelte Lehre vom Eigentum*, 69) e E. PAGENSTECHER (*Die römische Lehre vom Eigentum*, II, 59) não admitiriam, de se apreender sem o *corpus*, considerado essencial ao *factum apprehensionis* (cp. J. SCHMITT, *Die Okkupation ais Eigentumsertverb*, 16; A. MÜLLER, *Der Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen*, 12 s.). Certamente não se há de dar solução a questão tão grave como se fôra questão de sentimento (H. DITTENBERGER, *Der Schutz des Kindes*, 102); mas seria desgarrar da interpretação científica excluir-se da aquisição por ocupação o absolutamente incapaz,

como fizeram R. KASTEN (*Kann der Geschäftsunfähige nach dem BGB. occupieren?*, 1 s.), T. KURTS (*Ist die Aneignung ein Rechtsgeschäft, und welche Folgen hat dies?*, 39) e A. MÜLLER (*Der Okkupationserwerb*, 63 s.). O animal bravio, que a criança apanhou, é dela, pois que não tinha dono: basta que o seu objetivo (objetivo, não fim, que pode existir, porém não é necessário) seja ficar com êle, assenhorear-se dêle. Se a criança se assenhoreia do enxame de abelhas, sem que o dono da colmeia o reclame imediatamente, é da criança o enxame. As pedras, as conchas e outras substâncias, minerais, vegetais, arrojadas à praia pelo mar, se não apresentarem sinal de terem dono (elemento objetivo), são de quem as apanha, ainda que se trate de criança. Se no terreno se pode caçar, a caça, que a criança apreendeu, ou em cujo encalço foi e feriu, ainda que tenha entrado, depois de ferida, em terreno alheio, é da criança. O que a criança pescou é dela. O que ela achou, e era sem dono, é dela.

4. CONSEQÜÊNCIAS. – Não há nulidade, nem anulabilidade da ocupação. Ocupação há, ou não há. Os vícios de vontade não a atingem, porque só entra no mundo jurídico o ato humano como fato, e não como ato.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 217. B – Doutrina

Dos arts. 592 e 593 do CC/1916 que tratavam da "ocupação", somente o art. 592 tem correspondência no art. 1.263 do CC/2002, com a seguinte redação: "quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei".

Interessante observar que a doutrina sempre entendeu somente a coisa abandonado por seu proprietário (*res derelicta*) e a coisa que nunca foi apropriada (*res nullius*) são consideradas sem dono, podendo sofrer ocupação.

Pontes de Miranda reconhece no seu texto que a classificação da ocupação, dentro dos fatos jurídicos é problema que é alvo de controvérsias na doutrina. Na procura de justificar a ocupação como ato-fato jurídico, excursiona sobre as duas principais teorias sobre a posse, no estudo do *animus* e do *corpus*.

II. INDENIZAÇÃO SEM CULPA

§ 218. CONCEITO

1. DANO SEM HAVER CULPA. – Só excepcionalmente a lesão, sem culpa do agente, cria dever e obrigação de indenizar. O que há de servir à conceituação dêsses atos-fatos não é o serem contrários a direito (há-os sem serem contrários a direito, isto é, sem serem atos-fatos ilícitos), mas o terem sido sem culpa e terem eficácia de indenização. O suporte fáctico penetra no mundo jurídico, à semelhança do que se passa com os atos ilícitos (culposos), e aí irradia a sua eficácia. Quando se observa o mundo, em que se acham as esferas jurídicas das pessoas, e se pretende ideal de justiça baseado na incolumidade de cada uma delas, objetivamente, entende-se que todo dano deve ser reparado, tôda lesão indenizada, ainda que nenhuma culpa tenha o agente. Responderia êle pelo previsível e pelo imprevisível. Tal concepção não é a dos sistemas jurídicos, onde a responsabilidade extracontratual se funda na culpa e se adota o princípio geral segundo o qual há de suportar o dano, causado pelo agente humano sem culpa, o que foi atingido: *Casum sentit dominus* é apenas princípio de direito das coisas que entra no princípio geral.

Para sabermos quais os casos de eficácia pela entrada do ato-fato no mundo jurídico, temos de distinguir a responsabilidade e as outras conseqüências do ato sem culpa não-contrário a direito, a responsabilidade e as outras conseqüências do ato sem culpa contrário a direito e a responsabilidade e as outras conseqüências do ato com culpa não-contrário a direito. Assim, podemos saber em que classe havemos de os pôr: na classe dos atos-fatos jurídicos, ou na classe dos atos-fatos ilícitos. Não podemos chegar a conclusões seguras sem analisarmos as espécies e, de passagem, sem darmos conta do que se tentou no sentido de explicar e classificar a responsabilidade sem culpa. Teremos ensejo de verificar que se não atendeu a que nem sempre há contrariedade a direito em espécies de responsabilidade sem culpa, ao mesmo tempo que se confundiam a contrariedade a direito transubjetiva e a objetiva.

Síntese entre o princípio da culpa e o princípio da responsabilidade objetiva seria difícil. A técnica jurídica não logrou mais do que formular exceções àquele. É inegável, porém, que a evolução do direito se processa no sentido de aumentar o número delas. Em todos, o ato humano é tratado como ato-fato.

2. PRINCÍPIOS QUE LEVAM À APARIÇÃO DE ATOS-FATOS JURÍDICOS. – A responsabilidade sem culpa aparece em espécies que se inspiram nos seguintes princípios (secundários): *a*) o *princípio do interêsse mais relevante*, pelo qual se permite a invasão da esfera jurídica de outro, fundada em razão de interêsse, público ou privado, de mais relevância, – o que supõe, aqui como alhures, escala de interêsses; *b*) o *princípio do perigo correlativo ao interêsse*, que é o da responsabilidade da atividade conforme a direito, mas em si-mesma provável causadora de danos; *c*) *o princípio da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica*, que é o da restauração ou indenização do dano que se haja causado por se ter exercido a auto-tutela ou justiça de mão própria, *Selbsthülfe*, ou a pretensão à tutela jurídica por segurança ou adiantamento (arresto, seqüestro e outras medidas cautelares, em alguns sistemas jurídicos, não no brasileiro, Código de Processo Civil, art. 688; ação executiva de cognição incompleta, ou outra constrição sem a prévia fôrça de coisa julgada formal, ou a eficácia da sentença que se vem a rescindir); *d*) o *princípio da responsabilidade pela palavra que não corresponde à verdade*, conforme o qual o que emite enunciado de fato, em negócio jurídico, ou em atos jurídicos *stricto sensu* (art. 102, II), pode ser, em certos casos, responsabilizado pela falta à verdade, ainda sem culpa (*e. g.*, nos casos de êrro, o declarante da vontade, sem culpa, anulado o negócio jurídico, responde segundo o art. 158; o que notificou ao devedor a cessão de crédito, ainda sem culpa sua no fazê-lo, tem de portar-se perante o devedor como se o crédito tivesse sido cedido, ainda que nula, anulada, ou ineficaz a cessão; o que, sem saber que não tinha poder de representação, conclui negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, em nome de outro, responde como se o conhecesse, segundo o art. 1.305); *e*) o *princípio da responsabilidade pela declaração ou manifestação de vontade não-séria*, que se diferencia do anterior em que tôdas as afirmações ou negações de fato podem ser verdadeiras, e apenas ter sido o ato (declaração ou manifestação da vontade) *fora* da dimensão jurídica, – o que, crendo na brincadeira, sofreu dano, tem ação pelo dano sofrido, ainda que nenhuma culpa tivesse tido o que brincou; *f*) o *princípio da responsabilidade pelo caso fortuito ou pela fôrça maior, em se tratando de incumbência de cuidar* (responsabilidade dos hoteleiros, donos de casas de pensão, ou de pousada, pelos danos sofridos, dentro dos edifícios; responsabilidade das estradas de ferro, companhias de navegação aérea, de ônibus, de bondes, etc.; responsabilidade dos correios e companhias de transportes).

As tentativas para fundir êsses princípios, ou dêles extrair princípio mais geral, que seria o segundo princípio da responsabilidade, têm sido

baldadas. Aos três primeiros fêz R. MERKEL (*Die Kollision rechtsmässiger Interessen*, 160) corresponder um só, que seria o princípio do risco no exercício do interêsse próprio: sempre que alguém, no exercício do seu interêsse, ofendesse ou pusesse em risco interêsse legítimo alheio, teria de indenizar, ou segurar. Não há, todavia, nos sistemas jurídicos, pelo menos até agora, princípio tão vasto; e o art. 160, I, aludindo ao exercício regular, como excludente da responsabilidade pelo ilícito, não cogitou, nos arts. 1.519 e 1.520, de qualquer responsabilidade pelo que, exercendo o seu direito, dêle não abusou (= não o exerceu *irregularmente*). Há elemento, a mais, que se exige, nas espécies *a*), *b*) e *c*), de modo que seria largo de mais o princípio que propôs R. Merkel. Se B funda casa de modas junto à casa de modas de A, prejudica-o em seus interêsses legítimos; não tem, porém, de indenizar. Teria de indenizar se se fêz sócio de A, para conhecer-lhe, de perto, a freguesia, e instalar-se, depois, ao lado; porque aí o seu ato não seria ato-fato, mas ato ilícito, e a responsabilidade fundada na culpa. Há entre as três espécies, *a*), *b*) e *c*), parecenças, que não permitem a indução do princípio de R. MERKEL; e, ainda assim, ficariam fora dêle as espécies *d*) a *f*): quanto a *d*), e a *e*), não está em causa exercício de interêsse legítimo próprio, apenas se fêz a outrem confiar na palavra do agente; quanto a *f*), seria estranho fundar-se a responsabilidade em exercício do interêsse legítimo dos responsáveis. Antes de R. MERKEL, tentara W. SJÖGREN (Zur Lehre von den Formen des Unrechts, *Jherings Jahrbücher*, 35, 343 s.) fundar a responsabilidade no elemento de finalidade, segundo princípio que encontrara em ADOLF MERKEL (*Juristische Encyklopädie*, § 683): "Cada um tem de suportar o custo da efetivação dos seus interêsses" (Jeder hat die Kosten der Geltendmachung seine Interessen zu tragen). Também J. UNGER (*Handeln auf eigene Gefahr*, 62 s., 134 s. e 140) dizia: "Interêsse próprio, risco próprio; interêsse alheio, risco alheio"; *Richesse oblige*. L. TRÄGER (*Der Kausalbegriff*, 296 s.) criticou a M. RÜMELIN (*Die Gründe der Schadenszurechnung*, 45 s.), que pensava poder reduzir a duas as seis espécies de responsabilidade sem culpa, e tentou reduzi-las a três: *a*) e *c*), de um lado, *b*), *d*) e *e*), de outro; finalmente, *f*). Outros, como R. MÜLLER-ERZBACH (Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, *Archiv für die civilistische Praxis*, 106, 309 s.), inverteram a ordem dos princípios: seria primeiro o princípio da responsabilidade sem culpa; o segundo, excepcional (!), o da responsabilidade com culpa.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 218. A – Legislação

O art. 160, II, do CC/1916 tem correspondência no art. 188, II, do CC/2002; o art. 158 do CC/1916 corresponde ao art. 182 do CC/2002; enquanto o art. 1.305 do CC/1916 não tem correspondência no Código Civil atual.

§ 218. B – Doutrina

A doutrina sempre entendeu ser necessária, para a obrigação de indenizar, a responsabilidade do autor do prejuízo. Enfim, a necessidade de que haja um ato ilícito, culpa e dano, além do nexo de causalidade entre eles. Em regra, a obrigação de indenizar decorre do dolo, culpa ou mora.

Todavia, de modo excepcional, existem casos em que a lei submete determinadas pessoas a um regime de responsabilidade, independentemente de culpa. Tais casos, definidos em lei, fazem parte da conhecida responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa.

O Código Civil atual, diferentemente do Código revogado, traz um dispositivo que trata da responsabilidade objetiva, qual seja: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvido pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" (art. 927, parágrafo único, do CC/2002).

§ 218. C – Jurisprudência

Reporta-se a atualização feita ao § 206. C.

§ 219. ESPÉCIES PRINCIPAIS

1. A ESPÉCIE DO ART. 160, II, 1.ª PARTE, E OUTRAS ESPÉCIES CONCERNENTES AO PRINCÍPIO DO INTERÊSSE MAIS RELEVANTE. – No art. 160, II, 1.ª parte, não é ato ilícito o deteriorar, ou destruir coisa alheia, a fim de remover perigo iminente; mas o que causou o dano fica obrigado a indenização, se não houve culpa do dono da coisa (art. 1.519), bem como aquêle em defesa de quem se praticou o ato. Quando alguém entra em terreno alheio para apanhar a coisa que lá caiu, ou tocar o gado de volta ao curral, ou prender o cão que se soltou, ou praticar atos semelhantes, e causa, sem cul-

pa, algum dano, tem de indenizar segundo os arts. 160, II, 1.ª parte, e 1.519 (ou, se o dano foi causado pela coisa, ou animal, segundo o art. 1.527). Os dois exemplos são concernentes ao princípio do interêsse mais relevante. Porém os exemplos mais expressivos são os de interêsse público que se contrapõe ao interêsse privado: a desapropriação (Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.ª parte, *in fine*; Código Civil, arts. 590; Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, arts. 2.º-40; Decretos-leis n. 4.152, de 6 de março de 1942, e n. 4.811, de 9 de setembro de 1946): as requisições em tempo de guerra ou comoção intestina (Constituição de 1946, arts. 16, 2.ª parte, e 5.º, XV, *h*; Decreto-lei n. 4.812, de 8 de outubro de 1942, arts. 1.º-29; Decreto-lei n. 5.275, de 24 de fevereiro de 1943; Decreto-lei n. 6.045, de 27 de novembro de 1943); o sacrifício de animais e a destruição de gêneros deterioráveis, perigosos à saúde pública, se a doença ainda não se manifestou; o dano causado por manobras militares. A indenização sòmente se exclui se há ilicitude por parte do interêsse sacrificado (*e. g.*, o animal está atacado de mal contagioso). Por onde se vê que o princípio do interêsse mais relevante apanha atos-fatos jurídicos (*e. g.*, o do que lesa a propriedade alheia para salvar bem próprio, ou de terceiro), pois aí não há contrariedade a direito, e atos ilícitos, os mais dêles, porém nem todos, casos de responsabilidade pela contrariedade a direito objetiva, ou, mesmo, transubjetiva. As requisições, em tempo de guerra, ou de comoção intestina, ou são fundadas na Constituição de 1946, ou excessivas e, pois, atos ilícitos.

2. PRINCÍPIO DO PERIGO CORRELATIVO AO INTERÊSSE. – São espécies mais freqüentes de incidência do *princípio do perigo correlativo ao interêsse*: a responsabilidade das estradas de ferro a terceiros; a responsabilidade do dono da coisa, nos casos do art. 1.529; a responsabilidade dos que exploram indústria de explosivos ou gases mortíferos, se permitida a exploração (*aliter*, seria ato ilícito), pois a responsabilidade por risco é parte dos gastos do negócio; o dano causado pela caça, ou pela pescaria permitidas.

Aí estão atos-fatos jurídicos (indústria perigosa permitida, ou caça, ou pesca permitidas, se não há culpa, ou contrariedade a direito no ato mesmo) e ato ilícito por haver contrariedade a direito transubjetiva ou objetiva (conforme os sistemas jurídicos. Quanto aos atos lesivos das estradas de ferro a terceiros, o sistema jurídico pode pré-excluir a contrariedade a direito, mantendo a indenização pelo ato-fato.

3. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELO EXERCÍCIO DA TUTELA JURÍDICA. – São espécies mais freqüentes do *princípio da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica*: se o possuidor turbado, ou esbulhado, se mantém, ou se restitui por sua própria fôrça (art. 502), e os atos de defesa vão além do indispensável à manutenção ou restituição da posse (art. 502, parágrafo único), ou se sentença posterior reintegra ou mantém aquêle contra quem se desforçara (art. 503), há indenização do dano, ainda se não houve culpa; outrossim, se a sentença é desfavorável ao autor da ação de esbulho, no caso do art. 506 ou da ação de medida preventiva; ou nas medidas preparatórias a que se refere o art. 677 do Código de Processo Civil, se a ação não foi proposta no prazo de trinta dias; ou na execução provisória (Código de Processo Civil, art. 883, II), ou ações executivas de outros títulos que a sentença (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, 123 s.). Porém ai há ilicitude, porque há contrariedade a direito.

4. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELA PALAVRA. – São casos do *princípio da responsabilidade pela palavra* que não corresponde à realidade: se o locador aliena a coisa alugada e notifica o locatário, não pode procurar receber do locatário os alugueres; se o comprador notifica o vendedor dos vícios da coisa vendida e não admite abatimento do preço (art. 1.105), não pode recusar-se a receber o preço, mais despesas do contrato (art. 1.103), que o vendedor depositou, ainda que depois se demonstre que a coisa não estava redibitòriamente viciada. Aí, há ilicitude.

5. PRINCÍPIO DA CONSCIÊNCIA DA MANIFESTAÇÃO. – As espécies do princípio da responsabilidade pela declaração ou manifestação da vontade não-séria envolvem o problema da sorte do ato jurídico não-sério. Teremos ensejo de ver que, no sistema jurídico brasileiro, a não-seriedade é causa de anulabilidade, quando se trata de êrro; e dá ensejo à restauração do estado anterior (art. 158), salvo se não houve negócio jurídico.

O *princípio da consciência da manifestação* traduz a exigência da consciência de que a manifestação ou ato de vontade contém vontade de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*. Noutros têrmos: é preciso que o manifestante *saiba* que dela se vai deduzir a existência de vontade como elemento de suporte fáctico suficiente. Há, porém, quem negue a existência do princípio, nos sistemas jurídicos mais conhecidos: uns entendem que basta a manifestação objetiva, de modo que é a ambiência exterior que aponta a manifestação de vontade como elemento suficiente; outros

introduzem o elemento da comunicação, como necessário (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 404), mas esquece-lhes que não há êsse elemento na derrelicção; outros confundem declarar e manifestar, de jeito a generalizarem: a vontade de declarar é que estaria em causa, porque, para êles, é a vontade que há nos negócios jurídicos, em que só a declaração de vontade basta (contra isso: o negócio jurídico e até o ato jurídico *stricto sensu*, *e. g.*, derrelicção e notificação, não-sérios, são inválidos e dão ensejo à indenização, art. 158).

6. CASO FORTUITO E FÔRÇA MAIOR. – A responsabilidade, ainda se houve fôrça maior ou caso fortuito, é excepcionalíssima: *e. g.*, se está em mora o devedor (arts. 1.058 e 955), se, na compra-e-venda, ainda não foi entregue a coisa (art. 1.127), se o mandatário se faz substituir no mandato, a despeito da proibição do mandante (art. 1.300, § 1.°), se o gestor de negócios iniciou a gestão contra a vontade manifesta, ou presumível, do dono do negócio (art. 1.332), ou se empreendeu operações arriscadas (art. 1.338). Todos êsses casos são de ilicitude.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 219. A – Legislação

O art. 160, II, do CC/1916 tem correspondência com o art. 188, II, do CC/2002; o art. 1.519 do CC/1916 tem correspondência no art. 929 do CC/2002; o art. 1.527 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente, somente seu inc. III tem correspondência no art. 936 do CC/2002.

O art. 141, § 16, da Constituição de 1946 tem correspondência no art. 5.°, XXII, da CF/1988 que vem reproduzido nos arts. 1.228 e 1.286 do CC/2002.

Os Dec.-leis 4.152/1942, 4.811/1942, 4.812/1942, 5.275/1943 e 6.045/1943 não mais se encontram em vigor.

Os arts. 502, 955, 1.058, 1.127 e 1.300, § 1.°, do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, nos arts. 1.210, § 1.°, 394, 393 492 e 667, § 1.°, do CC/2002.

III. CADUCIDADES SEM CULPA

§ 220. CONCEITO DE CADUCIDADE

1. PRECLUSÃO. – As caducidades são fatos extintivos, são preclusões; de regra, há culpa daqueles contra quem elas se operam, porém casos há em que o suporte fáctico só exige o decurso do tempo. A prescrição não supõe culpa; há inatividade do titular do direito, da pretensão, ou da ação. Nem se perde direito, nem pretensão, nem ação; cria-se exceção de prescrição: encobre-se a pretensão, ou a ação, ou a exceção, em sua eficácia. Não há, na prescrição, preclusão: nada cai, nem preclui.

2. CADUCIDADE SEM CULPA. – A regra é a caducidade sem culpa. O prazo para inventário (Código de Processo Civil, art. 467) é prazo preclusivo; prorroga-se por motivo justo. O prazo do art. 178, § 2.°, do Código Civil é preclusivo, bem assim o do art. 178, § 5.°, IV, ambos concernentes a vícios dá coisa adquirida. O prazo do art. 542 também é preclusivo.

Além das caducidades com culpa, que se prendem ao ilícito *lato sensu*, e das sem culpa, que são espécies dos atos-fatos jurídicos, há as caducidades de conteúdo, atos jurídicos *stricto sensu*, como o perdão, que é, conforme veremos, *relicção*, à semelhança do abandono da propriedade móvel. O assentimento ao adultério e outros assentimentos são elementos que tornam o suporte fáctico impróprio à entrada no mundo jurídico: havia + *abc* (adultério), o assentimento (– *a*) desfalcou o suporte fáctico.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 220. A – Legislação

O art. 178 do CC/1916 e parágrafos foram substituídos pelos arts. 205 e 206 do CC/2002 e respectivos parágrafos.

§ 220. B – Doutrina

No sistema do Código Civil de 1916 não havia distinção clara entre prescrição e decadência. Daí porque, cabiam à doutrina e à jurisprudência destacar os atos jurídicos, onde a prescrição imperava, daqueles sujeitos à decadência.

O Código Civil vigente colocou fim à controvérsia, pois contém dispositivos expressos sobre a prescrição e a decadência (arts. 207 a 211 do CC/2002). Ademais, o atual Código Civil dispõe de prazo para o exercício de determinado direito e, quando se tratar de decadência, deixa expresso tal situação jurídica no mesmo dispositivo.

§ 221. ATOS-FATOS EM ESTADO DE NECESSIDADE

1. ATOS PERMITIDOS. – O estado de necessidade pode permitir atos que atingem direitos reais, posse, ou direitos, pretensões ou ações de direito das obrigações (A. VON TUHR, *Der Notstand in Civilrecht*, 15 s.; PAUL KRÜCKMANN, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, *Archiv für die civilistische Praxis*, 101, 4), ou de outros ramos. A questão, quanto aos direitos pessoais, é de grande importância no tocante à diferença entre impossibilidade superveniente da prestação e pré-exclusão da contrariedade a direito se o devedor está em estado de necessidade. O assunto desloca a responsabilidade pelo ilícito relativo para o terreno do ato-fato jurídico (arts. 1.519 e 1.520). Contra tal deslocamento, pronunciou-se H. TITZE (*Die Unmöglichkeit der Leistung*, 6 s.). Devemos precisar bem o que se discute: ou *a*) o estado de necessidade (não se confunda com a fôrça maior e o caso fortuito) não importa à relação jurídica entre credor e devedor, e o não-adimplemento da prestação produz tôdas as suas conseqüências ordinárias, segundo as *regras jurídicas sôbre inexecução das obrigações* (arts. 1.056-1.058); ou *b*), por analogia, há-se de tratar o estado de necessidade como o de perigo comum à coisa do credor e à do devedor, ou às coisas de diferentes credores, de modo que só em casos de responsabilidade por culpa lata seria possível preferir a coisa sua à alheia; ou *c*) o ato em estado de necessidade pode ir contra coisa ou direito, pretensão, ação ou exceção ("coisa", no art. 160, II, é "bem") e então o dever de reparar *ex contractu*, ou por negócio jurídico unilateral, se extingue, e nasce o dever de reparação pelo ato-fato.

Desde logo observemos que o art. 160, II, está na Parte Geral, e os arts. 1.519 e 1.520 no Direito das Obrigações, e não no Direito das Coisas, como o § 904 do Código Civil alemão; de modo que, no caso da opinião *c*), não se precisaria, em direito brasileiro, falar de analogia. Já isso implica a argumentação, sem que sejam diferentes os problemas e as soluções nos dois sistemas jurídicos.

Se o agente em estado de necessidade poderia lesar a coisa de outrem, inclusive, está claro, a coisa objeto da prestação já recebida pelo credor, ou já remetida, *a fortiori* não é contrário a direito o sacrifício dessa coisa se ainda não prestada. Alega e prova o estado de necessidade para mostrar que o seu ato não foi contrário a direito e, pois, não constituiu ilícito relativo; porque não foi contrário a direito, a sua responsabilidade é segundo os arts. 1.519 e 1.520, e não segundo os arts. 1.056-1.058. É o caso do que vendeu grande lote de penicilina a ser entregue e, tendo havido grande desastre, a empregou nos feridos, não podendo adimplir no dia o contrato. Não houve impossibilidade sem culpa, nem com culpa; houve ato em estado de necessidade: ato não-contrário a direito; portanto ato inadequado a figurar como elemento de suporte fáctico de ilícito relativo (infração contratual). Responsabilidade tem o devedor, não mais como devedor, e sim pelo ato-fato jurídico (ato em estado de necessidade). Contra tal ato, não poderia o credor vir com a legítima defesa, nem com a justiça de mão própria; o devedor, então, não incorre em pena contratual (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 607). Não seria, porém, de acôrdo com os princípios, que não respondesse pelo ato-fato jurídico, que do ato em estado de necessidade resultou (sem razão, W. KISCH, *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung*, 101): os arts. 1.519 e 1.520 incidem. Assim, se, após o prazo da locação, o locatário permanece na casa, por motivo de doença, ou outro motivo, que perfaça estado de necessidade, a indenização não é pelo não-adimplemento dos alugueres; é a indenização segundo os arts. 1.519 e 1.520, uma vez que não houve prorrogação. Os alugueres são elemento da indenização, mas pode haver outros elementos.

2. CONSEQÜÊNCIAS. – No exemplo, que acima demos, da penicilina, o contrato de compra-e-venda está de pé, – o vendedor tem de prestar o mais cedo possível e enquanto interêsse ao comprador: êsse pode pedir resolução do contrato, invocando o art. 1.092, parágrafo único, e indenização; ou apenas a reparação fundada no ato-fato jurídico. Se havia pena contratual, a alegação e prova do estado de necessidade pré-exclui a aplicação dela. No exemplo do locatário, nenhuma cláusula contratual pode ser invocada: não há mais contrato de locação (terminou, e não houve prorrogação, nem renovação).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 221. A – Legislação

Os diversos dispositivos mencionados por Pontes de Miranda já tiveram sua correspondência destacada nas atualizações anteriores.

§ 221. B – Doutrina

Em atualização referente, especificamente, ao ato praticado em estado de necessidade está clara a ausência de ilicitude, desde que preenchidos os requisitos exigidos na lei.

CAPÍTULO VIII
TEORIA DOS ATOS JURÍDICOS

§ 222. SUPORTE FÁCTICO COM ATO HUMANO

1. FATO E ATO HUMANO. – Já vimos que os fatos podem entrar no mundo jurídico, fazendo-se fatos jurídicos, dos quais se irradiam direitos, pretensões, ações e exceções, de que são titulares as pessoas, quer sejam sujeitos passivos determinadas pessoas, quer o sejam pessoas indeterminadas. Vimos também que há fatos ilícitos, fatos que invadem a esfera jurídica das pessoas, sem terem partido de alguém, como a avulsão, ou o caso fortuito ou de fôrça maior pelo qual alguém é responsável, sem, *ex hypothesi*, ter sido culpado, ou causador sem culpa. Também há atos humanos que entram no mundo jurídico como fato puro, dando ensejo à classe dos atos-fatos jurídicos e dos atos-fatos ilícitos. Quando o ato humano entra no mundo jurídico como ato, ou temos atos jurídicos *stricto sensu*, ou negócios jurídicos, ou atos ilícitos. Agora sòmente nos cabe tratar dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, que são a parte mais importante do direito e cuja distinção é da máxima relevância para quem tenha de estudar o sistema jurídico, a incidência e a aplicação das regras jurídicas.

2. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE, DE CONHECIMENTO OU DE SENTIMENTO. – Teremos de ver que nos atos jurídicos *stricto sensu* há sempre manifestação de vontade (ou comunicação de vontade), ou manifestação de conhecimento (ou comunicação de conhecimento), ou manifestação de sentimento (ou de comunicação de sentimento). Nos negócios jurídicos, há sempre manifestação de vontade, que pode ser simples, ou declarada, distinção que já aprofundámos no Tomo I.

Quanto às manifestações e comunicações de conhecimento e de sentimento, devido a serem em menor número e a delas têrmos de falar quando as espécies nos ocorrerem, não precisamos de entrar em maiores indagações neste capítulo, de modo que apenas nos referiremos às manifestações de vontade, no que elas possam servir de material para os capítulos seguintes.

O silêncio pode ser manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. É preciso que algo exista que permita tirar-se do calar o que se manifestou querer, conhecer ou sentir. Calar, só, não basta. É preciso ser concludente, isto é, que a pessoa que cala tenha o dever de manifestar e se haja de ter o silêncio como uma das manifestações possíveis: *Qui tacet quum loqui potuit et debuit consentire videtur*. A manifestação pelo silêncio de modo nenhum se confunde com o silêncio, que apenas estabelece presunção de vontade, conhecimento, ou sentimento, ou apenas serve de indício. Quando se fala de silêncio manifestação de vontade, conhecimento ou sentimento, é de silêncio concludente que se cogita. As fontes romanas não se referem à discordância pelo silêncio. Se se oferta e a aceitação não vem, não se manifestou vontade, – deixou-se de manifestar vontade, o que bem mostra como era desabusada a regra canônica **Qui tacet consentire videtur* (*A.* SCHNEIDER, *Über das concludente Stillschweigen*, 13).

A circunstância concludente, o fato concludente, é sempre aquêle de que se pode concluir ter havido vontade (*ex quo voluntas concludi potest*). Há de ser ato, positivo ou negativo, que revele a vontade. As declarações, e não só as manifestações de vontade, podem ser tácitas, se a lei não lhes exigiu declaração. Não há qualquer contradição em se falar de declaração tácita de vontade (cf. W. KOHLER, *Die sogenannte stillschweigende Willenserklärung*, 27). Aliás, a palavra, ainda escrita, pode servir a manifestações tácitas de vontade, como se, escrevendo a B para vir assistir à venda do prédio a C, tàcitamente manifesto que não o queria vender a D. Criticou E. I. BEKKER (*System*, II, 73), por isso, o têrmo "tácita", mas sem advertir em que, aí, a palavra é fato, apenas fato *ex quo voluntas concludi potest*. Atividade pura, fáctica, de que se conclui ter havido manifestação de vontade. Não se trata de ficção, como se procurou insinuar; requere-se para a manifestação tácita de vontade a mesma capacidade que se exige para a manifestação expressa.

Não se há de confundir concluir com interpretar. Quando se afirma que houve vontade não se interpretou, – interpretação é *posterius*. Se A deixa que B passe por seu terreno, o que é mais cômodo para B, porque

a sua casa não tem saída para a rua principal, é de *concluir-se* que manifestou tàcitamente vontade (permitiu). Se B pretende que A o permitirá amanhã, B interpreta erradamente a atitude de A: só se concluiria ter permitido *cada vez* (interpretação). Ressalta, assim, a diferença entre concluir havendo manifestação tácita de vontade e interpretar vontade, ainda tácita (J. STÖSSEL, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 34).

A manifestação de vontade tácita não se confunde com a presumida, em virtude de regra jurídica (presunção *iuris tantum*), ou em virtude de regra de experiência da vida (presunção *hominis*). O grau de seguridade é diferente, porque quem conclui ter havido tal vontade, não só presume: está certo (HEYNE, *Commentatio de Voluntatis tacite patefactae et praesumtae*, 10; J. STOSSEL, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 6; J. G. B. HÄRLIN, *Rechtliche Abhandlung von der stillschweigenden Einwilligung*, 16).

O problema da conceituação da manifestação tácita de vontade é problema técnico; a verificação de ter havido, ou não, *in casu*, tal manifestação, é problema prático, em parte psicológico, porém não só psicológico, porque se há de atender ao que objetivamente se manifestou, *ex factis* (concludente ato, concludente obra em sentido estrito, concludentes palavras, concludente silêncio). A manifestação tácita é a manifestação em que sòmente se sabe quál a vontade, o conhecimento ou o sentimento manifestado através de conclusões que se tiram de fatos (K. HUSCHKE, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 45). "Videtur" e "intellegitur" foram as expressões que ULPIANO empregou. Falta a imediatidade que haveria em dizer-se: "Aceito a oferta". Apanha-se a vontade, o dado de conhecimento, ou de sentimento, em seu conteúdo e direção, mas mediatamente, após operação de raciocínio (HEYNE, *Commentatio de Voluntatis tacite patefactae et praesumtae*, 35: "Tacite patefacta voluntas non existimanda est, nisi quae ex certo quodam facto per ratiocinationem ita emergit, ut necessario exinde procedat, qua ipsa ratiocinatione probatio (artificialis) exsistit").

3. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE E RECEPÇÃO. – A vontade, que se leva em conta, de regra, no direito, é a vontade manifestada. Porém nem sempre a manifestação de vontade se basta a si-mesma: há manifestações de vontade que precisam ser recebidas e manifestações de vontade que prescindem de recepção. Essas se chamam manifestações de vontade não-receptícias; aquelas, manifestações de vontade receptícias. A dicotomia é de grande utilidade, devido a diferenças de eficácia dos atos jurídicos

stricto sensu ou dos negócios jurídicos em que as manifestações de vontade são, ou não, receptícias.

A recepticiedade da manifestação de vontade resulta da própria natureza dessa, como elemento do suporte fáctico do ato jurídico, ou de regra legal. Os que exigiam a regra jurídica especial erravam, como B. MATTHIASS (*Lehrbuch*, I, § 49), E. ZITELMANN (*Entwurf*, 22). Há manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento cuja recepticiedade é *dado* que se impõe ao legislador (H. GOTTSCHALCK, *Die empfangsbedürftige Willenserklärung*, 32 s.).

A "chegada" da manifestação de vontade só é essencial ao *efeito*. Não é elemento do suporte fáctico. O que é essencial, se se trata de manifestação receptícia, é a direção a alguém (A. KUNSTMANN, *Das "Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung*, 31 s. e 100 s.). A recepção só é elemento necessário do suporte fáctico do negócio jurídico *bilateral* que se vai formar com a soldagem de efeito (A ofertou, B aceitou). A capacidade e os vícios têm de ser verificados em todos os figurantes, se bem que não no fôssem no velho direito romano (cf. A. ROVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*, 9).

Foi E. ZITELMANN (*Die Rechtsgeschäfte*, I, 23; *Allgemeiner Teil*, 93) quem deu o nome às manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento, que dependem, para a eficácia, de recepção: "empfangsbedürftige Willenserklärungen". A crítica, que se lhe fêz, de não serem recebidas se o destinatário não no quer, de modo nenhum bastaria a procurar-se outra expressão; porque: o furtar-se o destinatário à recepção e ter-se como eficaz a manifestação de vontade não a torna menos receptícia; as expressões "manifestações que exigem serem dirigidas", "manifestação com destinatário", ou "que devem chegar ao seu destino", não lhe levam a palma.

O fundamento para se conceberem muitas manifestações como receptícias está em que elas hão de ter efeito em esfera jurídica alheia e não se justifica que, pelo menos, não as recebam as pessoas cujas esferas jurídicas elas atingem. Foi êrro grave, que já se corrigiu, o de se terem como receptícias tôdas as manifestações de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, pelo menos as declarações. As próprias declarações de vontade, de conhecimento ou de sentimento podem não ser receptícias. Por outro lado, procurou-se apontar terceira classe de manifestações, junto às manifestações receptícias e às não-receptícias, e seriam as manifestações à autoridade. Mas as manifestações à autoridade são receptícias, são revogáveis antes que cheguem a ela e irrevogáveis depois de chegarem e serem

recebidas; não é preciso a cognição pela autoridade, razão por que, depois de apresentada ao juiz e despachada por êle (*e. g.*, "Nos autos"), a petição do renunciante à herança, já é tarde para se revogar a renúncia, embora não tenha sido lida por êle a petição. Se a lei exige que a autoridade comunique ao interessado, ou interessados, tal exigência, que se faz dever do juiz, não é pressuposto da eficácia. A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, dirigida à autoridade há de ser declarada e expressa. Tal é a regra. Porque a autoridade não está a par das circunstâncias, nem lhe cabe apreciar atos de que se possa concluir haver-se manifestado. A exigência das tomadas por têrmo e dos compromissos atendem a essa razão de política jurídica. Muito diferente é o que se passa quanto às manifestações que não se dirigem à autoridade pública, mas apenas são ante ela. Então, a autoridade pública não é destinatário, e sim partícipe da integração do ato jurídico, como se dá com os tabeliães quando os contraentes ou os testadores ou promitentes unilaterais manifestam, perante êles, a vontade. Se a manifestação de vontade se dirige a outra pessoa, que também manifesta o que quer, destinatário é essoutra pessoa. Ou, nos atos jurídicos *stricto sensu*, ou nos negócios jurídicos unilaterais, só há um figurante. A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, é não receptícia sempre que os seus efeitos não atingem a esfera jurídica de outrem, diminuindo-a. É o que se passa com o testamento, o ato de fundação, a derrelicção. Também não se exige a recepticiedade quando a direção é a pessoa indeterminada, como acontece com a promessa de recompensa e a aceitação da herança. No mais, a recepticiedade é dispensada quando só beneficia a outrem (reconhecimento da filiação, ratificação do ato jurídico anulável; assentimento posterior do que deveria assistir ao incapaz; abono de conta bancária). A eficácia da manifestação receptícia é desde que se fêz ato jurídico, salvo se há separação entre a perfeição e a eficácia, devido à natureza do ato jurídico (*e. g.*, *o* testamento só é eficaz a partir da morte do testador).

Se a manifestação de vontade não receptícia é dirigida a alguém, como se fôsse receptícia, é de discutir-se se a sua eficácia é desde a recepção, ou desde que se fêz. A questão não é tão simples quanto pareceu a alguns. Não se pode responder, *a priori*, que é revogável a manifestação de vontade não receptícia que se concebeu como se fôsse receptícia (J. BINDER, *Die Rechtsstellung des Erben*, I, 99), nem que o não é (H. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, 32 s.). A questão é de fato; se houve manifestação, que teria de ser irrevogável, o elemento, a mais, da direção não a faz revogável; se houve apenas comunicação de intenção, não é de revogação que se trata, e sim de não persistência da intenção.

Cumpre que se não confunda a pluripersonalidade e a plurilateralidade. Se A, B e C assumem obrigação perante D, há pluripersonalidade (A, B e C) e plurilateralidade (A, B e C; D). Na pluripersonalidade, há o mesmo lado jurídico para duas ou mais pessoas; na plurilateralidade, há dois ou mais lados. A pluripersonalidade pode dar-se também na representação (*e. g.*, art. 1.304, 2.ª parte, sôbre mandatários conjuntos); a plurilateralidade, também (*e. g.*, C representa a A, D representa a B). Se, para o negócio jurídico, é preciso o assentimento de alguém (*e. g.*, tutor, cônjuge), tal exigência não pluripersonaliza. A promessa de recompensa feita pelo relativamente incapaz com a assistência do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, ou a do cônjuge com o assentimento do outro, continua negócio jurídico unilateral e impessoal. Bem assim, a denúncia do contrato. Para êsses casos de assentimento de outrem há, quer se trate de negócios jurídicos bilaterais, quer de negócios jurídicos unilaterais, o art. 132. No direito alemão, discute-se *a*) se hão de ser conjuntas a manifestação de vontade dos figurantes em caso de pluripersonalidade (princípio da contemporaneidade), ou *b*) se podem ser separadas e não-contemporâneas. Segundo *b*), K. HELLWIG (*Lehrbuch*, III, 104, nota 21) e outros; sem razão (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 231). No direito brasileiro, a prova, em se tratando de assentimento de outrem, é a mesma, mas apenas é recomendável que conste do mesmo instrumento o assentimento (art. 153). Porém não há regra jurídica escrita para os casos de pluripersonalidade. A forma é exigida a tôdas as pessoas se é o negócio jurídico que a exige; se subjetiva a exigência, a cada uma, que tenha de observar a forma especial para se manifestar (*e. g.*, é analfabeta a pessoa). Se há pluripersonalidade, portanto dependência da assinatura de todos os figurantes do mesmo lado, sòmente se conclui o negócio jurídico com a última manifestação de vontade. Cada manifestação de vontade prende o manifestante. Temos de ver o problema no plano da eficácia, sem distinguir negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais: o efeito é que só se produz com a última manifestação de vontade. Tanto assim que, se o que assinou morre, ou se torna incapaz, nem por isso se perde o que foi assinado. Nenhuma pertinência teria aqui invocar-se o direito romano, que teve solução diferente (PAULO, L. 18, D., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*, 8, 4), com a retroeficácia.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 222. A – Legislação

Os arts. 132 e 153 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 220 e 184 do CC/2002, respectivamente.

§ 222. B – Doutrina

Pontes de Miranda trata dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, que considera as partes mais importantes do Direito e cuja distinção é da máxima relevância.

A manifestação ou declaração da vontade podem apresentar hipóteses diversas. Como afirma Coviello, "a vontade deve ter por escopo um fim prático que não precisa ser, necessariamente, de ordem patrimonial ou econômica, bastando que seja tutelado pelo direito" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 53, n. 13). Quer dizer, importante que haja vontade como elemento do ato ou negócio jurídico.

Sobre o silêncio, como possível manifestação de vontade, verifica-se que a "simples posição omissiva não pode, obviamente, ser considerada como causa geral produtora de efeitos jurídicos: regra de direito não existe que ao silêncio atribua, genericamente, alcance igual ao da declaração expressa, ou tácita, ou implícita da vontade" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 123, n. 46).

Em suma, pelo direito, "o silêncio é tido e havido, em regra, como fato ambíguo que isolado, ou desprovido de elementos outros, não autoriza qualquer conclusão" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 123, n. 46).

A declaração tácita de vontade resulta "de certos atos, atitudes ou comportamentos incompatíveis, segundo os casos, com certa concordância ou com certa discordância" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 121, n. 43). São casos de declaração tácita contemplados pela lei: (a) o mandato pode ser tácito, bem como sua aceitação, que do começo de sua execução resulte (art. 659); (b) tácita é a aceitação da herança (art. 1.806 do CC/2002).

Declaração receptícia de vontade é aquela que deve ser comunicada ao destinatário ou destinatários certos e determinados, "porque só efeitos jurídicos produz se e quando chegar ao conhecimento daquele ou daqueles a quem se dirige" (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 130, n. 50).

§ 223. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE RECEPTÍCIAS

1. CONCEITO. – Chamam-se manifestações de vontade receptícias as que têm de dirigir-se a alguém, que as receba (E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte*, I, 26; *Allgemeiner Teil*, 93, que lhes deu o nome). Falou R. LEONHARD (*Der Allgemeine Teil*, 268) de manifestações de vontade dirigidas, sem serem receptícias, mas a espécie não existe: ou as manifestações de vontade precisam ser recebidas, ou não precisam; tôdas têm de ser exteriorizadas, o que implica direção, ainda que larguíssimo o campo a que se dirigem. Combateu J. KOHLER (Zwölf Studien, III, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 13, 218) o uso da expressão "manifestações de vontade receptícias" (empfangsbedürftige Willenserklärungen) e preferia (*Lehrbuch*, I, 499) a expressão "ankunftsbedürftige Willenserklärungen", manifestações de vontade chegantes, chegadiças, isto é, que têm de chegar. O chegar é elemento essencial à eficácia de tais manifestações, mas o chegar, de que se trata, é um receber, em sentido comum ao direito e à física, o haver receptor, que ela atinja, destinatário, que ela alcance. O adjetivo "receptício" é o que mais quadra, porque não é só chegar, que pode significar presença sem contacto, nem é, tão-pouco, a aceitação ou qualquer ato do receptor.

O elemento recepção não é essencial à manifestação mesma; só o é à sua eficácia: quando o manifestante a emite e dirige, com os requisitos para ser recebida, está feita a manifestação receptícia de vontade; só a sua eficácia depende da recepção mesma. Êsse ponto, que foi assaz discutido, acabou por ficar assente (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 402; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 339; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, I, 432). No direito brasileiro, outra não pode ser a solução (cp. art. 1.081,1 e IV). Nem há distinguirem-se manifestações de vontade receptícias entre presentes e manifestações de vontade receptícias entre ausentes: o § 130 do Código Civil alemão, que parecia distingui-las quanto à eficácia, se não foi êrro dos legisladores (O. VON GIERKE, *Der Entwurf*, 163), apenas se refere à espécie das manifestações receptícias de vontade entre ausentes, sem atribuir à outra ser regulada por outros princípios.

O conceito de manifestação receptícia de vontade é, por bem dizer, o conceito central no trato científico dos atos jurídicos (E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte*, I, 98). As pessoas que estão em presença são pessoas entre as quais é mais fácil e mais provável, por mais freqüente, o contacto da manifestação de uma com a psique de outra; porém isso não

importa em dizer-se que não seja possível não se dar o contacto, a recepção, nem, tão-pouco, que não possa ser, *in casu*, mais fácil o contacto entre o manifestante e o destinatário, se não estão presentes. Posso ter mais dificuldades em falar com o meu vizinho do que com o destinatário que está em Nova-Iorque; e posso receber resposta de telegrama mais depressa do que a de alguém, a quem ofertei e está a ler os documentos e a oferta da fazenda de gado, no meu escritório. Dir-se-á que o art. 1.081, I, embora referente à aceitação, supõe a recepção e a aceitação imediata, para que se torne irrevogável a manifestação receptícia de vontade; ao passo que, no art. 1.081, IV, há todo um lapso em que se pode revogar e enquanto não chega a revogação está de pé a manifestação de vontade. A diferença é só aparente: ainda entre presentes, enquanto a manifestação de vontade não é revogada, ou não se esgota aquêle prazo curtíssimo, que cabe no "imediatamente" do art. 1.081, I (*e. g.*, tempo necessário à leitura e meditação), o efeito é o mesmo do art. 1.081, IV. O elemento que faz a manifestação de vontade ser entre presentes ou entre ausentes é mais espacial que temporal, porque o tempo é que se encurta ou se alarga se se usa meio mais rápido ou meio mais demorado de transmissão. Daí o problema das transmissões telefônicas, que tinha de ser resolvido ou pela mais atenção ao espaço que ao tempo e, então, seria entre ausentes a manifestação de vontade, ou pela maior atenção ao tempo, que aí se encurta até quase ao ponto de tempo, como entre pessoas espacialmente presentes. A solução foi no último sentido (art. 1.081, I, alínea 2.ª: "Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio de telefone"). Pode uma estar no Brasil e outra em Londres, ou no Japão. Duas pessoas na mesma sala podem não estar em situação de correr o tempo para a recepção imediata, como se A oferta a B e B está, há duas horas, em conferência com C, ou com C e D. A ciência jurídica muito lucra em que se trate a dicotomia "entre presentes e entre ausentes" como dois conceitos que atendem à relatividade das relações espácio-temporais. Já a solução dada às manifestações de vontade pelo telefone foi típica (cp. B. KOPPERS, Die Vollendung einer mündlichen Willenserklärung, *Gruchots Beiträge*, 46, 226). Na discussão entre a teoria da expedição e a teoria da recepção, chega-se, quanto às manifestações receptícias de vontade, à tautologia: é preciso a recepção para que sejam irrevogáveis. A eficácia, aí, é a da irrevogabilidade.

Se a manifestação receptícia, seja de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, não é recebida, ou não é o caso de se ter como recebida, é ine-

ficaz; inclusive se falta a quem recebe capacidade para receber, ou poder para receber (W. KOEHNE, *Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen*, 5). Se, com ela, se vai compor negócio jurídico bilateral, falta o elemento (eficacial) que possa colar as duas manifestações receptícias de vontade. Só se trata, em verdade, de elemento eficacial (E. ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 95).

O suporte do ato jurídico, por manifestação receptícia de vontade, perfaz-se com a direção a alguém; a recepticiedade sòmente concerne à eficácia, não a sua validade, nem, com mais forte razão, a sua existência como ato jurídico. Se ninguém está no ponto a que ela se dirige, ou se não se dirigiu a quem se devera dirigir, é ineficaz. Se só se dirigiu a uma, ou a algumas pessoas, daquelas a que se deveria dirigir, é relativamente ineficaz. Bem assim se se dirigiu a quem era incapaz de recebê-la (W. KOEHNE, *Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen*, 5). Se falta a direção, *e. g.*, o manifestante não a quis dirigir, se bem que houvesse manifestado a vontade, então, sim, não se perfez o ato jurídico. A recepção só é pressuposto da *eficácia* da manifestação receptícia de vontade (E. ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 95). Não se confunda a existência da oferta e a existência do negócio jurídico bilateral.

A representação passiva (a representação na recepção de manifestações de vontade receptícias) exige o poder de representar. Se não no há, a manifestação receptícia de vontade, a despeito de ter sido dirigida a quem deveria ter sido, é ineficaz. Dá-se o mesmo se recebida pelo incapaz de direito, ou de representar em ato jurídico. Em se tratando de órgão, ou núncio, ou de instrumento, é o próprio destinatário que recebe, por intermédio do seu órgão, ou instrumento, e não há pensar-se em representação: o porteiro, o receptor mecânico, o registador automático, são como o braço, ou o ouvido humano.

Discute-se se manifestações receptícias de vontade podem ser dirigidas ao advogado do autor (*e. g.*, alegação de compensação, ou de revogação da procuração). Negou-o FÖRTSCH (Die empgangsbedürftigen Willenserklärungen im Prozess, *Deutsche Juristen-Zeitung*, IV. 489 s.), de jeito que se precisaria de poder especial; afirmou-o W. KOEHNE (*Vertretung im Empfang*, 62). No direito brasileiro, se o advogado tem poder de receber citação, tem-no para receber qualquer manifestação receptícia de. vontade que não importe em oferta; se não tem poder de receber citação, não no tem para receber qualquer manifestação receptícia de vontade que não seja ato do próprio procedimento para o qual foi constituído.

2. CHEGADA. – Diz-se que chegou a manifestação quando o destinatário pode, em circunstâncias normais, tomar conhecimento do conteúdo da manifestação de vontade e, segundo os usos do tráfico, se perfez o tempo necessário para se ultimar a cognição. É preciso, portanto, que tenha tomado conhecimento, ou, pelo menos, esteja em situação de fato e de direito de tomar tal conhecimento. A carta e o telegrama são eficazes, quanto à irrevogabilidade e quanto ao contar do tempo para a aceitação, se se trata de negócio jurídico bilateral, ao serem entregues no domicílio do destinatário, ou no lugar em que se estabeleceu, ou quando lhe é entregue em mão, ou quando o correio deposita a carta na caixa postal, correndo o tempo necessário para ser apanhada, ou o telégrafo avisa que tem telegrama, que vai ser entregue, e o lê por telefone, na íntegra. Tratando-se de entrega em lugar de trabalho, fora da hora de serviço, *e. g.*, sábado à tarde, ou domingo, entende-se que chegou à abertura do escritório no primeiro dia de trabalho; mas, se, no intervalo, a carta ou telegrama é aberto pelo destinatário, ou a pessoa que tem de responder sem consultar ao destinatário, pode ser tida como efetuada a entrega, a líbito do receptor, ou dêle ou do manifestante, se é de uso entre êles que se conte com a abertura das cartas e telegramas ainda nos dias feriados, domingos e outros dias de descanso. Os mesmos princípios incidem em se tratando de caixas postais. Se o destinatário manda buscar a correspondência ao correio, em vez de esperar que o correio lha entregue, desconta-se o tempo que se teria de gastar na ida e volta e na espera de se abrir o correio e se iniciar o serviço do destinatário (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, I, 447, notas 9 e 12; J. W. HEDEMANN, Zivilistische Rundschau, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25, 360; sem razão, H. TITZE, Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbücher*, 47, 387). Não é elemento necessário da chegada que o destinatário tenha em mão a carta; *e. g.*, o filho do destinatário recebeu-a na rua e telefonou ao pai, transmitindo-lhe o conteúdo; nem no é que na posse dêle permaneça (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 309; E. HÖLDER, *Zur Theorie der Willenserklärung*, 95; sem razão, TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 341, H. TITZE, *Jherings Jahrbücher*, 47, 387, e J. BREIT, *Sächsisches Archiv*, 15, 653): portanto, não é preciso que tenha sôbre o escrito poder de disposição (sem razão, O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 211), uma vez que há manifestações receptícias de vontade dirigidas a duas ou mais pessoas, separadamente, e até por meios de rádiocomunicações ou televisão. Não se exige o ter notícia, nem a tomada de conhecimento fáctica. Se o destinatário, ao ser apresentada a carta, ou telegrama, ou ao encontrá-lo, ou ao encontrar a carta, devolve o que se lhe

apresenta, ou encontra, chegou-lhe a manifestação receptícia de vontade. Não há chegada se a carta foi registada e não se encontrou o destinatário; nem se o manifestante a endereçou a outrem, para que a entregasse e êsse ainda não no fêz, ou não no fêz a tempo (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 409). O fato de ter o destinatário lido a carta, ou o original do telegrama, ou outro escrito, ou ter tido comunicação por outrem, antes da chegada, não encurta o tempo para se considerar recebida (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 404).

A ligação do conceito de entrega à posse do escrito era insustentável (J. W. HEDEMANN, Civilistische Rundschau, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25, 360 s.; E. HÖLDER, *Zur Theorie der Willenserklärung*, 93 s.; sem razão, H. TITZE, Der Zeitpunkt der Zugehens, *Jherings Jahrbücher*, 47, 387). O destinatário pode nunca ter tido a posse.

Tão-pouco, é de ligar-se a entrega ao conhecimento do conteúdo. Se é ao núncio ou mensageiro que se entrega, pode discutir-se se a entrega é desde que êsse recebeu o escrito ou o texto oral, ou desde que o recebe o destinatário. Se na casa do destinatário, a primeira alternativa é que se há de acolher (E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 293). Contra isso, afirmando que a entrega só se consuma ao ser transmitida a manifestação de vontade ao destinatário, H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, I, 3.ª ed., 447, nota 8) e B. KOPPERS (Zugehen mündlicher Willenserklärungen, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11, 75). Se foi por meio de carta, a entrega ao mensageiro, ou a pessoa da casa é definitiva; se foi oralmente, é questão de fato se o destinatário admitiria a entrega da manifestação oral de vontade. Houve quem pensasse que se teriam de invocar os princípios concernentes à manifestação receptícia de vontade entre ausentes. A entrega tem de ser feita. Mas entrega é dar ao destinatário a possibilidade de conhecer. Não conhece, se não quer. Se A entrega a B cofre fechado, que contém manifestação escrita de vontade, não entregou, no sentido que nos interessa. Mas isso não significa que B não haja recebido a manifestação de vontade, se no cofre, com documentos, ou sem êles, por exemplo, está oferta escrita, e B, a quem comunicou, com o segrêdo do cofre, se esquece de abri-lo. Expõe-se B a que, na manifestação de vontade de A, se haja inserto que A tem a não-resposta como aceitação. Se B, em vez de se esquecer de abrir o cofre, se esquece do segrêdo, tem o dever de aviso imediato ou de pedir a A que lho repita.

O elemento "tomada de conhecimento" pode ser exigido, porém é elemento a mais, que depende de lei, ou dos usos, ou de prévia exigência

negocial. Então, é preciso haver legibilidade e inteligibilidade do escrito ou da manifestação oral, ou por outros sinais (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 331). A destruição, sem se ler, não prova não se ter tido conhecimento (H. ISAY, *Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, 92), porque há, de regra, dever de ler-se o que se recebe.

3. TEMPO PARA A CHEGADA. – Se há tempo para que dentro dêle chegue a manifestação receptícia de vontade, ou por exigência legal, ou por efeito de negócio jurídico entre manifestante e destinatário, cumpre distinguir-se se houve dolo, ou culpa do destinatário, ou acidente fáctico, para tardar. Se houve dolo do destinatário, entende-se ter chegado a tempo a manifestação de vontade (H. HABICHT, Der Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, *Deutsche Juristen-Zeitung*, VI, 265, que levantou o problema). Se houve culpa e o destinatário interpreta que chegou tarde, responde pelo ato ilícito absoluto, ou relativo, conforme a espécie. Se houve acidente, tem-se a manifestação de vontade como não-chegada a tempo. A questão é de grande interêsse prático para se saber quais as soluções se, podendo A denunciar o contrato até certa data, denuncia, mas a carta registada não chega a tempo a B, (*a*) porque B dolosamente embarcara, ou (*b*) porque B foi para estação de águas, sem deixar qualquer pessoa em casa, ou (*c*) porque o serviço do correio, que devera ter entregue a B a carta dentro do prazo, só a entregou depois. Quanto a (*a*), existe, no direito processual, a solução da citação com hora certa, ou por edital; idem, quanto a (*b*). Mas o manifestante pode ignorar o que aconteceu com a sua carta, ou telegrama, ou não ter tempo para a denúncia por via judicial. O fundamento para se considerar, em (*a*), recebida a manifestação receptícia de vontade, está em que se há de ter por acontecido o que alguém obstou para proveito próprio, se estava adstrito a não agir (Non debet cui suffragari malitia sua, nec ex fuga commodum reportare, TOMÉ VAZ, *Allegationes super varias materias*, a. 46, n. 9; BENTO PEREIRA, *Promptuarium Iuridicum*, 249; cp. art. 120). Enquanto H. HABICHT (VI, 265 s.) invocava os princípios da boa fé, H. TITZE (Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbücher*, 47, 452 s.) trazia à balha a regra sôbre o credor em mora (art. 958). Porém tôdas essas regras jurídicas são deduzidas do princípio geral. Quanto à culpa do destinatário, até aí se sustenta que possa considerar-se entregue a manifestação de vontade (H. TITZE, 47, 452 s.); mas a solução científica é a de se pôr ao destinatário o dilema: ou a tem por eficaz, ou responde por perdas e danos.

A alusão ao art. 120, que acima fizemos, ocorreu a outros juristas, mas H. HABICHT (Der Verhinderung der Abgabe, *Deutsche Juristen-Zeitung*, VI, 265 s.) tentou ver no prazo para a revogação, preclusivo, condição, o que seria forçar a construção (cp. H. DERNBURG, *Dos Bürgerliche Recht*, I, 3.ª ed., 451; A. DAVID, Verhinderung bei der Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, *Gruchots Beiträge*, 46, 232 s.). Também é de excluir-se que se trate de ficção: a demora por dolo é descontada ao tempo que custou para chegar a revogação; não se finge, razão por que é de se pôr de lado o argumento de que seria adotar-se, sem lei, ficção, infringindo-se os princípios (H. TITZE, Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbücher*, 47, 449; G. PEIPELMANN, *Die "empfangsbedürftige" Willenserklärung*, 33). O prazo dilata-se porque o dolo do destinatário se intercalou, como se êsse desliga, propositadamente, o telefone.

4. CHEGADA ENTRE PRESENTES. – Desde o momento em que o escrito, ou a manifestação oral, pode ser entendida pelo destinatário, dá-se a chegada. Tratando-se de escrito, basta que possa lê-lo. Daí em diante corre o tempo necessário para a aceitação, se é o caso. Se a manifestação é oral, a chegada é no exato momento em que o destinatário ouve ou pode ouvir, ou, podendo ouvir, ou tendo de ouvir, ou entendendo, ou podendo, ou tendo de entender o núncio aos sinais, se recusa a isso (*e. g.*, tapa os ouvidos, G. PLANCK, *Kommentar*, I, 333; H. REHBEIN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 122; sem razão. P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 237; FR. LEONHARD, Die Wahl bei der Wahlschuld, *Jherings Jahrbücher*, 41, 33). A coincidência entre recepção e conhecimento não é necessária; basta que o destinatário possa entender ou tenha de entender (sem razão, J. BREIT, 15, 658). Não é chegada a entrega, seguida de retomada, sem que o destinatário tenha visto (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 213). Não assim, se A apresenta o escrito e o destinatário restitui o escrito, sem o ter lido. Idem, se o manifestante apresenta recibo do escrito, para que o destinatário o assine, e êsse o restitui, sem assinar. Também o mesmo ocorre se o membro da sociedade entrega ao presidente da assembléia geral, ou à mesa de diretores, carta que foi enviada por sócio ausente: a cognição não é exigida. A publicidade da forma da manifestação de vontade, *e. g.*, a denúncia por escritura pública, não é entrega. É preciso que se envie ao destinatário, pois que não foi co-figurante, nem se declarou presente.

5. REPRESENTAÇÃO E NUNCIATURA. – A representação para a manifestação receptícia de vontade contém poder para a remessa e as demais

providências para que o destinatário a receba. Para recebê-la, é preciso poder de representação. Se a manifestação receptícia de vontade é feita por intermédio do empregado, ou se entende haver representação, ou nunciatura. A telefonada a quem há de pagar, para que não pague, entende-se feita àquele que devia o pagamento; salvo se tôda suspensão depende, pelos usos, de ordem do que é devedor, ou se paga por outrem, *Sponte sua*. Se algum serviçal ou pessoa empregada, que pelo uso transmite manifestações de vontade, volta com a afirmação de que transmitiu a manifestação de vontade, entende-se que foi entregue no momento da transmissão ao destinatário; idem, se foi êsse que enviou a pessoa para apanhar a manifestação de vontade. A manifestação receptícia de vontade por núncio do manifestante é entre presente; feita ao núncio do destinatário, também. Mas, num e noutro caso, o fato da transmissão é elemento necessário, salvo circunstância especial, como se o destinatário envia o núncio para conhecer o que se manifesta.

6. TELEFONE. – O art. 1.081, I, alínea 2.ª, diz que as manifestações receptícias de vontade por telefone são entre presentes. Para que isso se dê, é de mister: *a*) que manifestante e destinatário estejam na linha do telefone; *b*) que a manifestação de vontade se haja ultimado; *c*) que o destinatário tenha ouvido, ou tenha podido ouvir, ou, inteirado de que se tratava e de quê, se tenha recusado a ouvir. Incidem os princípios concernentes às outras manifestações receptícias entre presentes. Se há, no fim da linha, outra pessoa, que não seja órgão, representante, ou pessoa encarregada, pelo uso, de receber as manifestações de vontade, ou essa manifestação de vontade, a manifestação de vontade é entre ausentes, dependendo de transmiti-la quem ouviu (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 334; C. CROME, *System*, I, 392). Se se trata de gerente, ou preposto, de casa comercial, a manifestação de vontade a êle, pelo telefone, é entre presentes (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 408; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 314; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar*, I, 334). A conversa telefônica por intermédio da telefonista é entre ausentes. Dá-se a chegada no momento em que a telefonista ou alguém da emprêsa entrega ao destinatário o papel da conversa, qualquer que seja o modo de escrita (H. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, 198, nota 10; B. KOPPERS, Zeitpunkt der Vollendung, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 10, 195; sem razão, H. SAMES, *Der Ferndrucker ais Übermittler von Willenserklärungen*, 9, 1.179). A transmissão por procurador rege-se pelos princípios concernentes à representação.

O telefone diminui o tempo, a ponto de tornar curto o espaço. O tempo está, aí, a eliminar espaço. Ocorre a respeito do telefone, no mundo fáctico, o que se dá a respeito de outros expedientes/jurídicos, como o registo da propriedade imobiliária que leva a todos a cognição da constituição ou transferência do direito real.

Se o manifestante da vontade pede duas ligações para o destinatário, uma para a residência, onde se acha, de ordinário, até as 11 horas, e outra para o escritório, não pode revogar após as 12 horas a manifestação de vontade que fêz antes das 12 horas para o escritório, nem com a ligação para o escritório a que fêz antes para a residência, desde que houve recepção. Se A telefonou ao corretor sôbre compra de ações e revoga a incumbência, por telefonema ao empregado do escritório, após a compra das ações, que efetuou o corretor porque ignorava a revogação e não estava no escritório, mas na bôlsa, há de se pensar nos arts. 1.316, I, e 1.321, e não no art. 1.081, IV (cf. W. NEUGEBAUER, *Was ist in § 130 BGB. unter "Zugehen" zu verstehen?*, 50).

7. EFICÁCIA. – Quando se diz que a manifestação receptícia de vontade é eficaz com a chegada, não se afirma que ela não tenha qualquer efeito, antes disso. O efeito, a que se alude, é o efeito de irrevogabilidade. Para se evitar a irrevogabilidade, é preciso que *antes* da chegada, ou simultâneamente com ela, chegue a revogação (art. 1.081: "Deixa de ser obrigatória a proposta: IV. Se, antes dela, ou simultâneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente"). O art. 1.081, IV, refere-se a "conhecimento". A interpretação do art. 1.081, IV, não pode ser literal. A manifestação de vontade chega no momento em que o destinatário conhece ou pode conhecer o seu conteúdo, isto é, quando, segundo o uso do tráfico, devia ter aberto a carta, telegrama, ou outro meio de transmissão. A revogação é manifestação unilateral de vontade, que deve chegar ao destinatário antes da chegada da manifestação de vontade, a que se refere, ou, pelo menos, simultâneamente. O manifestante tem de utilizar meio mais rápido de transmissão (telégrafo, telefone, divulgação pelo rádio ou pela televisão), de modo que não chegue mais tarde do que a manifestação de vontade a revogação. Uma das formas da revogação é a tomada de providências, para que não chegue ao destinatário a manifestação de vontade já remetida; *e. g.*, o manifestante telegrafa à pessoa, que é portadora da carta, ordenando-lhe que não mais a entregue (revogação indireta). A revogação há de chegar no momento em que chega a manifestação de vontade, ainda

que essa haja chegado antes do tempo que se esperava tardasse (H. TITZE, Der Zeitpunkt des Zugehens, *Jherings Jahrbücher*, 47, 394 s.; sem razão, G. PLANCK, *Kommentar*, I, 339). Se a revogação chega depois da manifestação de vontade, a que se refere, é ineficaz. A razão para não se exigir o conhecimento, por parte do destinatário, se a revogação chegou depois da manifestação de vontade, nem se levar em conta ter o destinatário conhecido depois da chegada da revogação a manifestação de vontade que chegara antes, está em que todos têm dever de se inteirar das cartas, telegramas e demais meios informativos, que lhes chegam; e não importa, para o bem ou para o mal do receptor, para cujo dever de abertura não se distinguem manifestações de vontade feitas por outrem, se preferiu tomar conhecimento das cartas, ou de alguma carta, ou algumas cartas, em vez de outras, ou dos telegramas, ou de alguns telegramas, em vez de outros, ou das cartas, ou vice-versa. Até certo ponto, quem revoga, pois que a revogação só tem eficácia se chega antes, ou ao mesmo tempo que a manifestação de vontade, a que se refere, continua vinculado pela manifestação de vontade: o ato revocatório entrou no mundo jurídico, mas sòmente surte efeitos se chega a tempo. A respeito de revogação da manifestação de vontade, há opinião de H. ISAY (*Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts*, 65), que se precisa lembrar, e criticar: para êle, a revogação da manifestação de vontade como tal não é para pensar-se, – manifestação de vontade como tal não se pode revogar, porque não é de admitir-se que se faça não ter sido o que foi. Só se poderia, portanto, admitir que a revogação atingisse a eficácia. Revogar seria ir contra os efeitos produzidos e a produzirem-se. Assim, chegando a revogação antes ou simultâneamente com a manifestação de vontade, a que se refere, impediria a eficácia; seria a eficácia da doação, e não a doação mesma, que se atingiria com a revogação por ingratidão. Tais proposições são falsas. Revogar é retirar a *vox*, quer se trate de manifestação de vontade, quer de conhecimento, quer de sentimento, desde que na espécie se permita. Tudo se passa no plano da existência, mas com a particularidade de ser mais profunda a operação, que é *desde* o mundo fáctico: em vez de se desconstituir, por alguma causa de nulidade, ou anulabilidade (plano da validade), ou de rescisão, ou de resolução, desconstitui-se desde baixo, desde o suporte fáctico, a que se subtrai a *vox*, a voz que exprimiu a vontade, o conhecimento, ou o sentimento.

A possibilidade de revogar cessa quando não há mais tempo de chegar, antes da manifestação de vontade, ou com ela, a revogação. Se a revogação chega e o destinatário recusa, ou aceita, o seu ato cai no vácuo.

Porque não há mais voz a que repila, ou com a qual concorde: foi retirada. Se o manifestante revogou com tempo bastante para a chegada antes, ou ao mesmo tempo (como se remeteu por avião a carta, tendo a primeira ido por navio, e a revogação chega depois), *cuius est periculum eius commodum esse debet.*

Discute-se se a revogação pode ser excluída, de modo que a manifestação de vontade se torne irrevogável. A respeito, A. VON TUHR (*Der Allgemeiner Teil*, II, 448, nota 273) lançou como princípio que o manifestante não pode renunciar ao direito de revogação, porque a eficácia do ato jurídico unilateral, que provém da lei, não pode ser aumentada por vontade do manifestante Tal afirmativa é extrapolação do princípio concernente aos testamentos e a outros atos jurídicos considerados, por lei, revogáveis (art. 1.626, *verbis* "ato revogável"). Quanto à procuração, a lei permite, explìcitamente, a irrevogabilidade (art. 1.317, I). Não se pode, *a priori*, afirmar que os atos jurídicos unilaterais não possam levar consigo a cláusula de irrevogabilidade. Tem-se de examinar cada uma das espécies. Por outro lado, vale e é eficaz o acôrdo pelo qual alguém admita que as declarações ou manifestações de vontade futuras, a respeito de algum negócio, ou de alguma matéria, sejam irrevogáveis.

Também se permite estabelecer que a manifestação futura de vontade se tenha como recebida após certo tempo da remessa, bem como a cada remessa (H. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, 272; W. WEDEMEYER, Die Aeusserungstheorie im geltenden Recht, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 17, 252). A revogação após a chegada é ineficaz, ainda que o destinatário só depois leia a manifestação de vontade (H. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, 236; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 406; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 339; sem razão, E. HÖLDER, *Zur Theorie der Willenserklärung*, 109 e 129). A prova de que a revogação chegou a tempo incumbe ao que afirma a revogação (FR. LEONHARD, *Die Beweislast*, 311).

Para se explicar a irrevogabilidade de certas ofertas pensou-se em haver, nelas, promessa de obrigação de não fazer. Verdade é que, revogada, a aceitação a teria tornado parte do contrato, em vez de ter o oferente de prestar perdas e danos. Outros entenderam que se havia de manter a palavra dada (H. SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, 54), o que não basta à explicação. Nem bastaria a assimilação à renúncia (renúncia a revogar, F. REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, 101). Trata-se de *mais* um efeito do negócio jurídico da oferta; o efeito mínimo é o de poder ser aceita, antes de revogada, se revogável. A resistência a essa

concepção é a mesma que se fêz sentir contra todos os negócios jurídicos unilaterais. A concepção de hoje beneficiou-se com a maior relevância que o direito germânico atribuía ao dar, ao prometer, ao devedor, em vez de ao tomar, ao crédito, ao credor (cf. C. A. SCHMIDT, *Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht*, 251 e 261). Mas alcançou-se a síntese, com a paridade jurídica dos figurantes e das figuras (oferta, aceitação).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 223. B – Doutrina

Pontes de Miranda desenvolve estudo amplo sobre as manifestações de vontade receptícias.

Em qualquer das formas de declarações de vontade – expressa, tácita, implícita ou receptícia – é importante ressaltar que "a vontade de obter, segundo o ordenamento jurídico, os resultados práticos do ato, determina a vontade de emitir a declaração, vontade que passa do estado potencial ao atual, realizando-se mediante o fato ou comportamento externo que na própria declaração consiste; mas, preciso é, ainda, que o agente queira o conteúdo da declaração já reproduzida, ou melhor, preciso é que queira o conteúdo do próprio ato formado por sua declaração unilateral, ou pelas declarações conjugadas das partes" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 118, n. 40).

§ 224. DEVER DE RECEBER MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

1. CONCEITO. – Falando-se de dever de receber manifestação de vontade, fala-se, necessàriamente, de direito a que alguém a receba; porém não, em todos os casos, de pretensão a que o que tem o dever a receba (sem razão, E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, 171). Tal dever de receber manifestação de vontade ou existe *a priori*, ou resulta de certa participação no tráfico; e aí está a primeira questão.

2. DEVER GERAL E DEVER ESPECIAL. – Dever de receber manifestação de vontade, sem alusão a círculo social em que o tráfico o crie, não existe.

O corretor de fundos tem deveres que as outras pessoas não têm; têm os comerciantes deveres de receber manifestações de vontade de compra, ou de venda, que as outras pessoas não têm. Não tenho qualquer dever de receber manifestação de vontade de pessoa que quer comprar a minha casa; não sou corretor de imóveis. Mas tenho o dever de comparecer a juízo se ela entende que a casa lhe pertence. Outrossim, se já estivemos em conversação sôbre o assunto, e ficou estabelecido que receberia oferta; ou, quanto a profissionais, se resulta da natureza da profissão, ou do uso. O médico, que foi chamado, com urgência, tem de dizer se vai, ou não, à casa do doente; o operador tem de avisar se pode, ou não, operar, se lhe foi comunicada a urgência da operação, ou se o paciente já foi internado na casa de saúde, ou se em carta se lhe pediu resposta. Não importa se se trata de negócio jurídico bilateral, ou unilateral, ou de ato jurídico *stricto sensu*, receptício ou não. Embora raro, o dever de receber pode surgir quanto a manifestações não-receptícias de vontade. Na discussão em tôrno do assunto, houve os que negaram a existência de qualquer dever de receber manifestações de vontade; outros tinham como assente o dever geral de receber. O dever geral existe, mas se as circunstâncias o criam. Não há dever sem que nasça de fato jurídico. O estabelecer-se com casa de comércio é fato jurídico, que cria dever de recepção; o ser médico e clinicar, o ser advogado, o ser corretor ou agente de passagens, e assim por diante.

É irrecusável que possa nascer dever de receber por parte de tôdas as pessoas a respeito das quais a manifestação de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, é eficaz ainda que não haja recepção (manifestações não-receptícias). Mas também é irrecusável que se possa estabelecer tal dever de recepção sempre que, sem a recepção, estaria desamparado o direito do manifestante. Se A exige, contratualmente, de B, que apanhe tôdas as semanas na caixa postal, ou na casa de C, a correspondência, porque tem urgência na recepção das suas manifestações de vontade, nasce o dever de recepção. Mas tal dever pode resultar dos usos e da incidência de princípios de boa fé. É possível que exija mais: o aviso de ter recebido, ainda que não seja envolvido o dever de aceitação ou recusa simultânea ao aviso. Pode o destinatário assumir o dever de recepção, ou de recepção e de aviso, em negócio jurídico bilateral ou unilateral.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 224. B – Doutrina

Pontes de Miranda trata do dever de receber manifestação de vontade, citando diversos casos em que tal dever se impõe.

Vicente Ráo anota que Manigk e Cariota Ferrara apontam uma figura de "falta de vontade de manifestação, qual seja, a do desconhecimento, que se verifica quando alguém exterioriza certo comportamento sem conhecer, ou nem suspeitar, que possa ser considerado como manifestação unívoca de vontade produtora de efeitos jurídicos" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 178-179, n. 74, nota 1).

§ 225. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE EM ACÔRDO

1. ELEMENTO ESSENCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO. – Há atos jurídicos *stricto sensu* em que é elemento essencial a vontade, ainda quando secundário, e são quase todos. As exceções, como a do efeito da notificação da cessão, feita pelo incapaz, se a cessão foi vàlidamente feita, quanto à ciência pelo devedor, se não lhe deixa dúvida, são raras. Quanto aos negócios jurídicos, em todos êles é essencial o elemento volitivo; daí ser sempre exigida capacidade e a ausência de vícios de vontade. Nos suportes fácticos, há, necessàriamente e em primeira plana, o elemento volitivo, porém há, também, outros elementos. Mais uma razão para se não identificarem "manifestações de vontade", elemento fáctico, e "negócio jurídico", menos ainda "ato jurídico", que é fato jurídico, fato jurídico proveniente de todo o suporte fáctico que entrou no mundo jurídico. Também é inexato dizer-se que os efeitos jurídicos emanam da manifestação de vontade; os efeitos jurídicos sòmente podem emanar de fato jurídico, portanto de todo o suporte fáctico *depois* de entrar no mundo jurídico. O efeito é do ato jurídico, e não da manifestação de vontade. Para que a vontade possa ser encaixada no suporte fáctico do ato jurídico, é preciso que se manifeste. Na linguagem vulgar, fala-se de declaração de vontade, e juristas, juízes e leis de povos cultos, por herança má do direito comum, empregam "declaração de vontade" em vez de "manifestação de vontade", que abrange aquela e a manifestação não declarada. Todavia, devemos evitá-lo. Se é certo que a vontade pode expressar-se

em "declaração", isto é, em ato em que *claramente* se comunica a outrem o fato da vida interna, da psique, e há declarações de conhecimento e declarações de sentimento (por palavras, oralmente ou por escrito, por sinais de aprovação ou desaprovação de proposições claras, como o conservar-se sentado, ou o levantar-se, o levantar a mão, o retirar-se), há manifestações não declaradas e, até, não propositadamente feitas.

Na manifestação de vontade há o que prefigura o ato jurídico, especialmente o negócio jurídico (elemento que pode estar em sinais comunicáveis e às vêzes comunicados, como se A, antes de ofertar, mostra a B o rascunho da futura oferta) e o que faz o ato entrar, como ato de alguém, no mundo jurídico. Donde haver diferença entre vontade manifestada e vontade de manifestar. Quando se redige o instrumento particular, ou quando o redige o oficial público, ainda se está a manifestar vontade, porém de modo impessoal; sòmente com a assinatura e, não raro, com a expedição é que se liga à pessoa a vontade manifestada. Então, porque tal ligação se deu, fará a vontade de manifestar. Se escrevi e assinei o recibo, guardando-o na gaveta, e o empregado o tirou, levando-o ao meu devedor, posso pleitear a declaração da inexistência do ato-fato jurídico do pagamento e da minha vontade de declarar; mas, para isso, terei de alegar fatos e dar provas. Se A vai ao tabelião, onde se acha escritura já redigida, e a assina, manifesta vontade e vincula-se, porque, a despeito do risco que corre, expressou vontade de manifestar. Quem assina documento em branco, ainda que não tenha intenção de enchê-lo, expressa vontade de manifestar quanto a tudo que se ponha acima da sua assinatura.

A estruturação do negócio jurídico bilateral em oferta + aceitação é o resultado de longa evolução social e técnica. Não sòmente técnica. Para o direito romano antigo, a origem guerreira da propriedade e de outras instituições ressalta no formalismo e nos étimos. "Praedium" e "praeda" têm a mesma fonte (CORSSEN, *Aussprache, Vocalismus, Betonung*, I, 2.ª ed., 105, 108 e 496). A lança, *hasta*, era o símbolo da propriedade. Tomar dos inimigos era modo de adquirir (GAIO, IV, 16). Símbolo de poder jurídico era a mão, *manus*. *O* que se tomava com a mão era propriedade (mancipium). Só se via, na *mancipatio*, o lado do adquirente. Não havia a transferência, o dar; só se percebia o tomar ("mancipatio dicitur, quia manu res capitur", GAIO, I, 121). Comprava-se tomando, – "emere", comprar, não foi, a princípio, mais do que captar. Na própria cessão, na *cessio in iure*, revelou-se a indiferença à vontade do cedente, com o formalismo da vindicação, a *festuca* e a *vindicta*. O cedente, ante a pressão, cedia.

No direito das obrigações, o que importava era a vontade do adquirente (C. A. SCHMIDT, *Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte*, 255). O credor impunha a vontade. Os étimos de "polliceri" e "spondere" são expressivos. Na *stipulatio*, vem primeiro a *interrogatio*, que é *prius*. Não se oferta, responde-se. Pergunta-se se se deixa prometer, se se deixa a mão, órgão da atividade pessoal (PH. E. HUSCHKE, *Gaius*, 73). Nos contratos literais, era o credor que lançava no livro doméstico o crédito. O que hoje exigimos é que o devedor escreva e assine, ou só assine. Àquele tempo, comparados à *expensilatio*, os *chirographa* e os *syngrapha* eram expedientes de peregrinos. Di-lo GAIO (III, 134).

Em Roma já surgiu a bilateralidade, mas sem alcançar a paridade de hoje entre figurantes. Daí o terem de ser entre presentes, com unidade de lugar, tempo e ato, os contratos. A concentração ressalta na *mancipatio*, no *nexum*, na *in iure cessio* e no próprio testamento. O contrato literal entre ausentes apareceu tarde. O Império Romano tinha correios, chamados *cursus publicus*, mas só serviam ao Estado. As pessoas privadas não podiam utilizar-se dêles. Tinham de incumbir institores e escravos (cp. F. LIEBE, *Die Stipulation*, 22).

Para se fazerem ver as duas *metades* do negócio jurídico bilateral longo tempo passou; e ainda hoje os juristas tentam não ver que no negócio jurídico bilateral há dois negócios jurídicos que se soldam *pelos efeitos*. Não tinha o direito romano têrmos técnicos para a oferta e a aceitação. Usavam-se expressões reveladoras de ter sido e ser *prius* o crédito, e não a dívida (*sic dicere, sic emtum rogare*). Foi em tôrno da L. 3, pr., D., *de pollicitationibus*, 50, 12, que a glosa urdiu a teoria e formou a terminologia (cf. S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 146 e 156). Falou-se de "promissio acceptata" e de "acceptatio promissionis". Só no século XVII temos a expressão técnica "offerta", vinda dos mercadores, primeiramente referindo-se à coisa, à mercadoria, ao pagamento (cf. JASÃO DE MAINO, *Repertorium*, 108, *verbo* "oblatio"; B. BRISSONIUS, *Opus de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione*, 938), e sòmente depois ao negócio jurídico, *contrahendi causa* (RUDLOFF, *De Acceptatione et eius iure*, 3: "unius partis oblatio et alterius acceptatio haec duo uno consensus contrahentium nomine efferantur"). Assim, passou-se a ver na oferta a promessa de prestação com o fim de se concluir contrato; depois, manifestação de vontade de concluir o contrato; finalmente, negócio jurídico, primeiro no tempo e lògicamente (cp. H. GRÓCIO, *De Iure buli ac pacis*, II, cap. II, § 14; RUDLOFF, *De Acceptione et eius iure*, 4: "praecedens rogatio durare intellegitur et post

promissionem vim habet acceptionis"), tendente a, pela aceitação (negócio jurídico de outrem), compor o negócio jurídico bilateral. A oferta é apenas, na paridade com a aceitação, iniciativa. No mais, é manifestação de vontade, negocial, como a aceitação (R. MARSSON, *Die Natur der Vertragsofferte*, 17-22). A oferta perfaz-se com a manifestação da vontade, e não com a chegada ao destinatário, ao ofertado, ao oblato; é preciso que se haja ofertado (o que escreveu a oferta e a pôs no cofre não ofertou, como a aceitação, que se escreveu e se guardou, ainda não é aceitação). Há efeitos que dependem da chegada ou da recepção pelo destinatário, mas já se está no plano da eficácia, e não no plano da existência dos atos jurídicos.

Para que se dê o *acôrdo*, têm de coincidir, em seu conteúdo, as manifestações de vontade que os figurantes fazem entre si. O acôrdo pode ser expresso no plural: A e B acordam. Freqüentemente, a conclusão do negócio jurídico bilateral opera-se em sucessão: um figurante, que tem a iniciativa, ou que a tomou, oferta a outrem a conclusão do negócio jurídico bilateral. É o oferente. Aquêle a quem se oferta é o destinatário; não se pode ainda chamar recebedor, ou receptor da oferta, porque a êle se pode referir o direito antes de lhe haver chegado a oferta. Sòmente depois de aceitar é que êle *figura*. Em princípio, qualquer pessoa pode assumir a iniciativa da oferta, porém a vida social cria certas situações em que a pessoa não oferta e apenas recebe ofertas, e outras, em que a pessoa se pôs em atitude de permanente oferta. Basta pensarmos no escritório do corretor e no armazém que exibe as mercadorias, com os preços marcados. Quando a formulação do acôrdo é no plural, torna-se indistinto quem ofertou e quem aceitou, de jeito que todo o ocorrido antes é sem relevância para a interpretação do negócio jurídico, uma vez que os figurantes manifestaram, contemporâneamente, a vontade acorde. Se A oferece a B a casa por um milhão de cruzeiros e, após ter pôsto no correio a carta, recebe de B oferta da mesma casa pelo mesmo preço, é preciso que A aceite a oferta de B, ou B aceite a oferta de A, para que se perfaça o contrato. Todavia, cumpre advertir: *a*) se a oferta posterior é ambígua, de modo que A possa supor tratar-se da aceitação da sua oferta, o contrato está concluído, cabendo a B o ônus de alegar e provar que apenas ofertou e a sua oferta não foi aceita; *b*) se as duas ofertas são remetidas a terceiro, que as provocou, basta que o terceiro comunique ter-se dado o acôrdo, dentro do tempo suficiente para comunicação da coincidência de vontades aos dois oferentes; *c*) se A, que ofertou primeiro, recebe igual oferta de B, nasce-lhe dever de comunicar a B que revogou a oferta, ou que não considerou concluído o contrato, por

não ter vindo aceitação em têrmos; *d*) quando terceiro apresenta a duas ou mais pessoas projeto de contrato e tôdas enviam oferta, interpreta-se, na dúvida, que houve oferta e aceitação. Também a aceitação pode ser de lado a lado, devendo-se entender que a aceitação que primeiro determinou conclusão do contrato pré-exclui nôvo contrato sôbre o mesmo objeto; *e. g.*, A ofertou a casa, por um milhão de cruzeiros, a B e, depois de ter pôsto a carta no correio, ou de ter telegrafado, recebe a oferta de B por um milhão e duzentos mil cruzeiros; B aceita a oferta de A e A aceita oferta de B; o contrato está concluído pelo preço a que se refira a aceitação que primeiro chegou ao ofertante. Se terceiro oferta contrato a duas ou mais pessoas, e todos aceitam a oferta, conclui-se o contrato (W. WEDEMEYER, *Der Abschluss eines obligatorischen Vertrags*, 37). Não há aceitações simultâneas quando os figurantes estão presentes, porque o terceiro apenas é instrumento para o acôrdo de vontades, salvo se se explicita a sua função de intermediário das manifestações de vontade.

As manifestações de vontade, ocasionalmente acordantes, não constituem negócio jurídico bilateral, ou plurilateral. Se A fêz oferta a B, e C respondeu aceitando, não se perfaz o negócio jurídico bilateral. Os dois efeitos não se tocaram; não podem colar duas manifestações de vontade que não se dirigiram entre si, ou só uma se dirigiu ao outro manifestante, como se A oferta a B e B responde a C, que não representa A (LITTEN, *Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videaturf?*, 4: "Opus est, ut declarationes contrahentium inter se *nexae* sint et cohaereant").

Quando se quer que a eficácia do ato jurídico fique subordinada a algum fato, inclusive *ponto de tempo*, a que se chegue, tal determinação há de ser manifestada inexamente, quer dizer ìntimamente em nexo, à manifestação de vontade que está no suporte fáctico do ato jurídico. Se tal não aconteceu, o que se quis como condição, ou como têrmo (Tomo V), embora possa ter sido motivo principal, ou único, da manifestação de vontade, não se fêz relevante, e a eficácia do ato jurídico estabelece-se sem a determinação inexa. (A teoria da pressuposição, que B. WINDSCHEID desenvolveu, pretendia que bastaria a reconhecibilidade pelo outro figurante; porém o Código Civil brasileiro, como o próprio Código Civil alemão, não a acolheu. No Código Civil brasileiro, para que o motivo se faça relevante é preciso que se manifeste, cf. art. 90. Deve-se a O. LENEL, Die Lehre von der Voraussetzung, *Archiv für die civilistische Praxis*, 74, 213-239, e Nochmals, 79, 49-107, a crítica definitiva; cf. também O. GRADENWITZ, *Über Begriff der Voraussetzung*, 16 e outros lugares.) Não influi na existência,

na validade, ou na eficácia do ato jurídico, a circunstância de que o outro figurante ou o destinatário conheça o motivo que levou o manifestante da vontade a manifestá-la. Se A encomenda mesas de aço para a cozinha do seu apartamento, mas, no intervalo, vende o apartamento, o fato. de saber a emprêsa que as mesas se destinavam ao apartamento *a*, para o qual já se encomendaram outras, de mármore, noutra casa, não cancela a encomenda.

Algumas vêzes o sistema jurídico dá relêvo a circunstâncias não previstas, como a superveniência da insolvabilidade (art. 1.092, alínea 2.ª), a resolução ou a denúncia por certos motivos graves (*e. g.*, art. 1.193, 1.226 e 1.229). Daí não se tire que se subentenda nos negócios jurídicos a cláusula *rebus sic stantibus*, que de modo nenhum o sistema jurídico acolhe, em sua generalização desabusada. Quem figura nos negócios jurídicos pesa o presente e o futuro; se a modificação das circunstâncias era imprevisível e não podia acautelar-se o devedor, só a eqüidade pode sugerir que algo se faça a favor do devedor. De jeito nenhum, supor-se, o que seria ficção impertinente, que se previu não ser levado em conta o imprevisível. Não se trata, portanto, de interpretar o negócio jurídico; trata-se de não se deixar que os fatos supervenientes causem agravação insuportável da dívida. Por exemplo: A obrigou-se a fornecer a B, anualmente, *x* toneladas de ferro, e o Estado lançou impôsto a cargo do vendedor, que lhe tira todo o lucro. Nem A nem B pensaram no impôsto, de modo que se tem de resolver por eqüidade. Note-se a diferença: não se mete no ato jurídico cláusula tácita *rebus sic stantibus* que lá não estava; decide-se quanto ao que não foi previsto, nem resolvido pelos figurantes.

2. OFERTA E CONVITE A OFERTAR. – A oferta é, de si só, manifestação de vontade. Porque a oferta pode não ser aceita e perder tôda eficácia, tem-se dito que a oferta não é negócio jurídico e, até, que o ato não entra no mundo jurídico antes da aceitação. Primeiro, seria difícil considerar-se oferta ato jurídico *stricto sensu*, o que ela teria de ser, forçosamente, se negócio jurídico não fôsse, e fôsse vinculativa, como é. Segundo, a oferta entra no fundo jurídico, vincula o oferente, enquanto não é revogada, se pode ser revogada. De modo que temos de considerá-la negócio jurídico, que se destina à composição de negócio jurídico bilateral. Se considerássemos não entrado no mundo jurídico o ato de oferta, não poderíamos explicar a irradiação de efeitos jurídicos antes da aceitação.

Com a oferta não se confundem as *invitationes ad offerendum*, que são convites a que se ofereça, dirigidos a pessoa determinada, ou a pessoas

indeterminadas (por anúncio, circulares, prospectos, ou editais). Nada se oferece, nem se aceita. Se alguém faz oferta e é aceita, o convite a oferecer tem certa relevância para a interpretação da oferta e da aceitação. Também não é oferta a comunicação quanto às bases sôbre as quais alguém está disposto a oferecer, ou a concluir contrato. Às vêzes, fazem-se a pessoas determinadas; outras vêzes, a pessoas indeterminadas. Prospectos e cartazes podem ter importância, como tais comunicações, para a interpretação dos negócios jurídicos que se concluíram.

A vinculação do oferente é de grande importância prática (arts. 1.080 e 1.081), porque a revogação da oferta sòmente é eficaz se chega antes ou simultâneamente à aceitação (art. 1.081, IV). Se bem que o efeito vinculativo seja mais perceptível nas ofertas a ausentes, devido ao tempo que corre entre oferta e aceitação, também pode ser invocado o art. 1.081, IV, em se tratando de oferta a pessoa presente, sem prazo: por exemplo, estando A a ofertar, por telefone, a B a compra da mercadoria da firma AC, A responde-lhe que não está ouvindo a resposta e vai B responder por outro telefone, transmitindo, então, a C, sócio de A, que atende, ou ao próprio A, a aceitação.

A eficácia vinculatória da oferta (art. 1.080) independe de ter o destinatário recebido ou conhecido a oferta. Tal eficácia pode ser pré-excluída se o oferente diz "sem vinculação" (= "sem compromisso", expressão imprópria mas usada), ou "sem obrigação", "a título precário", "sem ficar obrigado a esperar resposta", Mas, aí, não há pròpriamente oferta, e sim convite a ofertar, *invitatio ad offerendum*, ou punctação, início de negociações. Sem direito formativo à aceitação, não há, no direito brasileiro, oferta. Se a revogação é possível, tem de chegar ao conhecimento do ofertado pelo menos no momento da aceitação. Se chega depois, é ineficaz. Tal direito formativo é intransferível, salvo se o oferente explicitou a transferibilidade, o que se constrói como oferta alternativa a A ou *x*. Não há incidência do art. 1.072. O direito formativo oriundo da oferta é inarrestável e não entra na massa concursal, salvo se é de entender-se que o oferente queria a aceitação pelo síndico. Herdeiros, sucessores da firma e representante legal podem aceitar, salvo se o contrato só se poderia concluir com o destinatário. Aqui, o que decide é a interpretação da vontade do oferente.

Porque a oferta vincula, a morte do oferente ou a incapacidade superveniente não lhe retira a eficácia. E o contrato conclui-se com o herdeiro, ou o representante legal, ainda que o oferente não saiba que o destinatário faleceu, ou caiu em incapacidade. Salvo se é de entender-se que o oferente

só contrataria com o destinatário (*e. g.*, a retirada das pessoas que constituíam a firma elimina tôda a confiança do oferente).

Os arts. 1.080 e 1.081 apanham quaisquer contratos, inclusive contratos de direito das coisas. Se a lei exige forma especial, tem de ser observada, porém daí não se tire que – no direito brasileiro – o acôrdo de transmissão tenha de ser entre presentes. A oferta de acôrdo de transmissão ou de constituição de direito real é vinculante; a aceitação, que é receptícia, ou não, conforme as espécies do art. 1.081, I-III, tem de obedecer às exigências materiais e formais do acôrdo de transmissão ou de constituição. Não precisam, todavia, ser *uno actu*. A transcrição ou inscrição no registo de imóveis, ou a tradição, já são elementos do suporte fáctico da transmissão, que se rege por seus princípios.

Se o oferente, no intervalo em que se pode dar a aceitação, conclui outro contrato sôbre o mesmo objeto, com a aceitação tempestiva conclui-se o contrato e fica o oferente devedor em dois contratos, podendo dar-se, se se compõem os pressupostos, nulidade do posterior por impossibilidade da prestação (art. 145, II, 2.ª parte). A oferta vinculatória não retira o poder de disposição (E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte*, 1, 125); de modo que o outorgado, que obtém a tradição do móvel, ou a transcrição do imóvel, ou a inscrição do direito real, o adquire.

O princípio da prioridade é que rege. Porém não quanto à aceitação em se tratando de efeitos que dependem de outros atos, pois o acôrdo de transmissão ou a cessão só tem o efeito real ou contra o devedor cedido com a tradição, o registo, ou a notificação (art. 1.069; confusão em A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 467).

Se a oferta é para se interpretar que ficaria sem efeito com a morte, ou a incapacidade, a aceitação após isso é ineficaz, conheça-o, ou não, o aceitante. No direito brasileiro, pode haver, se a aceitação era receptícia e não foi recebida antes da morte, responsabilidade pelo interêsse negativo (também no direito alemão, J. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, 308; sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 471). Se a aceitação foi por entender o aceitante que teria efeito, há contrato, cabendo alegação de êrro.

A falência do oferente não obsta à conclusão do contrato cuja oferta foi aceita. O que se passa, quanto à massa falencial, depende do direito falencial.

3. OFERTA AO PÚBLICO. – A oferta é manifestação receptícia de vontade. Dirige-se à pessoa com a qual se quer concluir o contrato, ou ao

público, ou a algum círculo menor de pessoas (os membros de um clube, os habitantes do bairro, ou da rua, ou do Município, os estudantes de determinado colégio, ou faculdade, ou de determinada matéria). A oferta começa de produzir efeitos ao chegar ao destinatário. Antes de chegar ao destinatário pode ser revogada. Não é preciso que o oferente conheça o destinatário, nem que o destinatário conheça o oferente. Se o destinatário não é conhecido, basta que circunstâncias posteriores o determinem, inclusive pode acontecer que algum ato signifique, de si só; aceitação. A oferta ao público é permitida e não se confunde com as promessas unilaterais, que dão negócios jurídicos unilaterais, em vez de negócios jurídicos destinados à composição de negócios jurídicos bilaterais. Os automáticos dão exemplo de oferta ao público, constituindo aceitação a colocação da moeda, ou a prática de algum ato que faça mover o maquinismo. As casas comerciais que expõem objetos, permitindo que qualquer pessoa retire a coisa exposta, mediante certa quantia, ou, ainda, de graça, ofertam ao público. Dá-se o mesmo com quem promete objeto ao portador de exemplares de jornal, ou de revista, ou de simples recorte de periódicos, ou tampas de garrafas. Cumpre, porém, que se advirta em não serem manifestações de vontade ao público as simples comunicações sôbre certas mercadorias, ainda que se precise o preço.

4. OFERTA ENTRE PRESENTES. – As ofertas entre presentes são aceitas imediatamente, ou não obrigam. No art. 1.081, I, diz-se que deixa de ser obrigatória a oferta se, feita sem prazo a pessoa presente, não é imediatamente aceita. "Imediatamente" está aí por tempo razoável para se pronunciar o destinatário. Ainda que a oferta seja oral, há de haver tempo para que o destinatário pese os prós e os contras da conclusão do negócio. Se é feita por escrito, cumpre distinguir da oferta escrita e entregue em mão própria (portanto entre presentes), para que o destinatário resolva após a leitura e tempo suficiente para pensar, sem se ausentar, a oferta por escrito, que se entrega ao destinatário, podendo êsse ausentar-se com ela, a fim de que a examine e medite sôbre o assunto. Na última espécie, a despeito da entrega ao próprio destinatário, considera-se entre ausentes a oferta, dando-se ensejo à incidência do art. 1.081, II-IV, segundo o qual a oferta sem prazo a pessoa ausente sòmente deixa de ser eficaz quando decorre tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do oferente.

5. OFERTA ENTRE AUSENTES. – Quanto à oferta entre ausentes, estatui o art. 1.081 que deixa de ser eficaz "se, feita sem prazo à pessoa ausente,

tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente" (II): "se, feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado" (III); "se, antes dela, ou simultâneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente" (IV). Na espécie do art. 1.081, II, por tempo suficiente entende-se o que é necessário à chegada da oferta no domicílio do destinatário, *mais* o tempo necessário para que, segundo os usos e de acôrdo com o conteúdo, importância e complexidade da oferta, o destinatário a leia e estude, atendidas as circunstâncias pessoais do destinatário, conhecidas pelo oferente, *mais o* tempo necessário à remessa e chegada da aceitação ao conhecimento do oferente. No tocante à transmissão da oferta e da aceitação, têm-se de levar em conta dificuldades ocasionais, conhecidas, de transporte, sendo possível que o oferente estabeleça, prèviamente, qual o meio de transmissão da aceitação, inclusive quanto à sua remessa a terceira pessoa. O tempo necessário marca a duração da eficácia da oferta, de modo unitário; assim, se o destinatário demorou em decidir, pode corrigir o atraso, empregando meio mais rápido de transmissão da aceitação, ou, se resolveu imediatamente, empregar meio menos rápido.

O oferente pode estabelecer prazo, para que seja expedida a aceitação, ou para que lhe chegue ao conhecimento. O art. 1.081, III, sòmente se referiu a prazo dentro do qual seja expedida aceitação, porém havemos de entender o mesmo se o oferente estabeleceu prazo, dentro do qual teria de chegar ao seu conhecimento a resposta do destinatário. Na própria oferta, ou em declaração unilateral dirigida ao destinatário, pode o oferente estabelecer prazo; bem como, por declaração unilateral, encurtar ou ampliar o prazo marcado; e podem oferente e destinatário acordarem em que passe a ter prazo a oferta. Se a declaração unilateral reduz o prazo que a oferta fixara, para que tenha eficácia é preciso que chegue ao destinatário antes da oferta, ou com ela, porque, se a oferta foi com prazo, o oferente não pode alterar a oferta, antes de se esgotar o prazo. A ampliação do prazo, se chega antes de vencido o prazo fixado, dilata-o; se chega depois de vencido o prazo, entende-se haver nova oferta. Se a oferta é "até que seja revogada", é eficaz enquanto não chega ao conhecimento do destinatário a revogação: conclui-se o contrato desde que o destinatário expeça a aceitação, uma vez que não lhe chegou o ato revocatório.

Se bem que no art. 1.081, IV, se fale de conhecimento, o art. 1.081, II, alude a "chegar", se sem prazo a oferta, e o art. 1.081, III, à "expedição", se com prazo. A referência ao conhecimento é sòmente para a

revogação, que há de alcançar o destinatário antes ou no momento de lhe chegar a oferta: se as duas chegam ao mesmo tempo, ou antes da oferta chega a revogação, a oferta está revogada; porque há, para o destinatário, igual dever de se inteirar do conteúdo. A expressão "chegada" tem sentido neutro (W. COHN, *Das Zugehen der Willenserklärung*, 30), que permite atender-se às diferentes espécies; e a própria referência a conhecimento, no art. 1.081, IV, compreende o conhecimento e o que resulta do dever de conhecer, ou do poder ter conhecido, porque o conhecer é, aí, apenas o fim lógico da revogação: a chegada é que é o fator da eficácia do ato revocatório, para que essa eficácia não fique dependente do querer do destinatário, nem à mercê do oferente. É algo que já ocorre na esfera do destinatário. Ambos os figurantes têm interêsse em que a eficácia da revogação tenha momento preciso.

Se o empregado do telégrafo, ou vizinho, a quem se entregou o telegrama erradamente, avisa o destinatário de que há telegrama para êle, por não ter sido encontrado, na repartição, ou na casa, ou lugar mais cômodo para o destinatário, e êsse não o busca, a entrega reputa-se feita (cf. W. COHN, *Das Zugehen der Willenserklärung*, 78 e 43). Idem, se a carta vem em pacote de mercadorias, ou outro objeto, e há a indicação "contém carta", ou "procure carta", ou, em telegrama, ou carta, ou de viva voz, se avisa de que a carta está no pacote.

O art. 1.081, II, traduz o pensamento de ser necessário, quando o oferente não fixou prazo, que a lei o fixe, de modo que o art. 1.081, II, opera como regra jurídica dispositiva, e não a afastariam as expressões "sem prazo", "quando seja possível responder" e outras semelhantes (cp. E. KÜHN, Über Vertragsschluss unter Abwesenden, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 16, 4): o prazo do art. 1.081, I, é mínimo (G. MAAS, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege*, 50).

6. TROCA DE CARTAS. – A troca de cartas exige a assinatura, porém não as duas testemunhas de que fala o art. 135. Aliás, se faltam as duas testemunhas do art. 135, em se tratando de outro instrumento particular, apenas se tem de dar prova da identidade das pessoas e da autenticidade da manifestação de vontade.

A alcunha pode bastar entre parentes, ou amigos, ou dentro de qualquer círculo social em que seja de uso escreverem-se à pessoa ou receberem-se da pessoa escritos com a alcunha (A. LOBE, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 16; E. BROMBERG, *Die Schriftform im BGB*, 26).

7. ACEITAÇÃO. – Diz o artigo 1.082: "Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, êste comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Havia prazo, ou não havia prazo. Se havia prazo, a aceitação, dentro dêle, perfez o negócio jurídico bilateral (art. 1.081, III). Se não no havia, pode dar-se que não haja chegado (art. 1.801, II), no tempo que fôra de prever-se, a aceitação, embora expedida quando com tempo para chegar. É a chegada tardia da aceitação tempestiva. Nasce ao oferente o dever de comunicar. Na falta dêsse ato jurídico *stricto sensu*, responde por perdas e danos o oferente: o negócio jurídico bilateral não se perfez, devido à exigência da "chegada", segundo o art. 1.801, II. Naturalmente, o art. 1.082 não incide quando incide o art. 1.084. O art. 1.081, III, é diferente do § 148 do Código Civil alemão, que faz dependente da chegada a eficácia da aceitação; o art. 1.081, III, fala de expedição.

"A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta" (art. 1.083). São pressupostos necessários: ser expedida (art. 1.081, III) ou chegar (art. 1.081, II) fora de tempo, porque há implìcitamente prazo legal no art. 1.081, II; haver algo a mais, a menos, ou diferente, quanto ao conteúdo da oferta. Supõe-se a intempestividade, com a conseqüente ineficácia e, *ipso facto*, não-constituição do negócio jurídico bilateral. Portanto, ainda em caso de não chegada (art. 1.081, II). Não se precisa falar de exceção na espécie do art. 1.082 (*aliter*, no direito alemão, § 149), porque, no direito brasileiro, devido ao art. 1.081, III, o negócio jurídico bilateral se perfaz (teoria da expedição, em vez da teoria da chegada, §§ 148 e 149).

Diz-se no art. 1.084: "Se o negócio fôr daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". A tempo, segundo o art. 1.081, II, ou segundo o art. 1.081, III. Os arts. 1.079-1.088 serão tratados, especialmente, no Direito das Obrigações.

A lei não distingue as manifestações de vontade escritas e as manifestações de vontade não-escritas, entre ausentes (R. SIECKE, *Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen*?, 60 s.). Os princípios são os mesmos, salvo quanto ao telefone, se estão na linha o manifestante e o destinatário (art. 1.081, I, 2.ª alínea).

(a) A aceitação tem sempre, para a sua eficácia, como aceitação, tempo dentro do qual se dê: se bem que o art. 1.081, II, fale de oferta "sem prazo a pessoa ausente", nêle mesmo se marcou o "tempo suficiente para

chegar a resposta ao conhecimento" do oferente, o que é estabelecimento de prazo legal (R. KUMMER, *Die Annahme eines Vertragsantrages*, 20).

O negócio jurídico bilateral exige, pelo menos, duas pessoas que fiquem uma frente à outra, bilateralizando o negócio jurídico. Os efeitos jurídicos operam-se, com sinal menos e com sinal mais, nas duas esferas jurídicas. Nada impede que uma das pessoas atue como figurante e como representante. Pode dar-se que as manifestações de vontade tenham de ser perante autoridade pública (*e. g.*, o juiz). Se há bilateralidade ou pluralidade de pessoas, mas tudo se passa na mesma esfera jurídica (*e. g.*, constituição de bem de família), não há bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico. Donde a ambigüidade da expressão "contrato consigo mesmo": se A tem casa que quer vender e B é representante de A, A não pode vender a A, assinando o seu representante, que é B; mas se A é representante de B e B quer comprar casa, nada impediria que A vendesse a B, assinando A também por B, se não houvesse o art. 1.133, II. Se se trata, por exemplo, de representação para alugar, não há proibição.

Não é só a coincidência quanto aos efeitos jurídicos das vontades que faz o negócio jurídico bilateral. É preciso mais. É preciso que as pessoas tenham querido a coincidência quanto aos efeitos jurídicos. Se A quis vender e B quis comprar sem que A tivesse querido a venda a B e B a compra a A, não há negócio jurídico bilateral. Se A quis vender a B e B quis comprar a A sem terem querido que tal coincidência, quanto a efeitos jurídicos, produzisse o negócio jurídico bilateral, não há negócio jurídico bilateral. Daí haver no suporte fáctico do negócio jurídico bilateral a coincidência das vontades, quanto aos efeitos jurídicos, a direção ao outro manifestante e a vontade mesma do negócio jurídico bilateral. Se bem que a aceitação possa, excepcionalmente, não ser receptícia (art. 1.084), está em relação com a oferta, a que fàcticamente responde e entra no mundo jurídico, soldando as duas manifestações de vontade. Não só conhecia a oferta o aceitante como procedeu respondendo a ela. Se não há a vontade do negócio jurídico bilateral, não há aceitação; há outra manifestação de vontade, sem relação com a oferta. Se A, B e C, sem se conhecerem, outorgam a D podêres de representação para conclusão de negócio jurídico bilateral ou plurilateral em que A, B e C *podem* ser os figurantes, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral se pode concluir entre êles, porque o poder de representação foi para se concluir o negócio jurídico bilateral ou plurilateral com qualquer pessoa. O representante escolhe os próprios figurantes. Às vêzes, há bilateralidade ou pluralidade

de vontades sem se dar bilateralidade ou pluralidade do negócio. Por exemplo: o assentimento do filho maior, em caso de reconhecimento (art. 362), não integra negócio jurídico bilateral; a declaração de vontade do credor, para a extinção da hipoteca (art. 849, III), ainda que figure em contrato entre o devedor e o credor, não é negócio jurídico bilateral. O acôrdo de transmissão é necessàriamente negócio jurídico bilateral.

(b) O argumento de que a aceitação, só por si, não é negócio jurídico põe à mostra o romanismo, a que aludimos, ao falarmos da oferta. É certo que com a aceitação como com a oferta o que se intenta é constituir, com a coincidência dos efeitos queridos por outrem (acôrdo, con-trato), negócio jurídico. Porém isso não exclui que já seja a oferta ou a aceitação negócio jurídico: o contrato exsurge pela eficácia dos dois, em contacto; com o acôrdo de vontades, surgiu o negócio jurídico bilateral. Pense-se no efeito da oferta antes da aceitação. O consenso, a concordância de vontade, já encontra efeitos, que soldam os dois negócios jurídicos componentes. Um, A, diz "vendo a B"; outro, B, diz "compro a A". O contrato entre êles é em virtude de oferta e aceitação, que podem ser eliminadas como dispostas uma após outra no tempo, porém não como duas manifestações de vontade. A vontade não é uma só, porque um vende e outro compra (sem razão, F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 544). A coincidência é nos resultados, nos efeitos; não nas vontades em si. Se A e B são donos da coisa e a querem vender, coincidem as duas vontades (porque A quer vender e B quer vender) até certo ponto (= porque A quer vender a sua parte e B a sua). Mas, se A quer vender a B e B quer comprar, o que coincide é o resultado, o efeito querido. A regra é que a oferta e a aceitação sejam contemporâneas e feitas no mesmo lugar, sendo indiscernível, por vêzes, qual das duas manifestações de vontade é a oferta e qual a aceitação. Se foram separadas em lugar e tempo, ou só em lugar, ou em tempo, a regra é que haja a comunicação da oferta àquela pessoa de que se espera que aceite e a comunicação da aceitação ao oferente. Històricamente, só se conheciam os contratos em que os figurantes estavam presentes e se operava, no mesmo momento, o *consensus*.. Para os próprios contratos aformais, o direito romano exigia a contemporaneidade e a mesmeidade de lugar (princípio do mesmo lugar e tempo). Quando o tráfico levou a contratar-se *per nuntium* e *per epistolam*, ainda persistiu o princípio do mesmo tempo, sem que houvesse qualquer efeito da manifestação de vontade antes de estabelecer, com a outra manifestação de vontade, o *consensus*. Não se modificou isso no direito comum, razão por que teve relêvo especial a discussão da indenização pelo inte-

rêsse negativo. Não é preciso esforço para se ver quão inconveniente era a concepção romana. Se à hospedaria se encomendavam quartos e, atendendo à encomenda, o hospedeiro deixava de os locar a outrem, a falta de comunicação do hospedeiro ao encomendante, devido a dificuldade de transporte, impedia a constituição do contrato.

Na L. 61, § 1, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7, CÉVOLA pôs o caso da mulher que pede a amigo que, vendendo o que tem, venha trabalhar com o que hoje diríamos oferente, com promessa de quantia certa anual. O ofertado vende os bens e vem trabalhar com a amiga. Então, atendendo-se a pessoas e às causas (*ex personis casuisque aestimaturum*), decidir-se-á se é devida a anualidade. Ora, se após a venda, o oferente revogasse a promessa, revogada estaria, – o que F. REGELSBERGER (*Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, 29) argüíu de gritante injustiça. Mas assim seria em direito romano, com o ríspido **Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet* (L. 151, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17) e o superado **Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur* (L. 55). A evolução técnica operou-se no sentido da vinculação, ainda se sem prazo a oferta, e no sentido de se dispensar a comunicação da aceitação ao oferente, se há razão para tal dispensa. Na técnica legislativa, o problema consistiu em se fixarem as espécies em que há tal dispensa e em se exprimir, na lei, êsse pensamento. De modo nenhum há dispensa de aceitação, êrro em que incorrem alguns escritores e juízes, nem se finge ter havido aceitação, como queria L. JACOBI (Versprechen und Vertrag, *Jherings Jahrbücher*, 35, 50). A aceitação, ainda quando não se possa saber qual das duas ou mais manifestações de vontade foi a primeira, é ineliminável. O ofertado, que consumiu a mercadoria remetida, aceitou. O que deixou de responder antes do prazo findar, porque se havia, pelas circunstâncias, de precisar da resposta negativa, aceitou. Não há contrato sem aceitação. O que se dispensa é a comunicação da aceitação, que pode ser escrita, ou tácita. Os dois elementos componentes têm de existir, como duas metades coordenadas (V. HASENÖHRL, *Das österreichische Obligationenrecht*, I, 580). O que se permite é que, nas espécies previstas no art. 1.084, seja não-receptícia a aceitação, nunca a falta de aceitação (T. SZAMOTULSKI, *Der Vertragsschluss ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden*, 17 s.). Em vez de declaração ou de manifestação receptícia de aceitar, cabe, satisfeitos os pressupostos, a aceitação não-receptícia. Não é fora de possibilidade o ter de haver declaração, se bem que sem a exigência da recepticiedade. Por exemplo: se A diz que tem por aceitação de B o lançamento do crédito nos livros de B.

Se o oferente não marcou prazo para a aceitação receptícia, há o prazo legal (art. 1.081, II). Mas o prazo legal para recepção da resposta pode não ser de invocar-se se a aceitação não é receptícia.

(c) Tem-se de pensar, ao aplicar-se o art. 1.081, em que o direito romano foi superado. É do Preussisches Allgemeines Landrecht (I, 5, § 90) para cá que se tem de edificar a doutrina, quanto ao efeito vinculativo da oferta. O Código Comercial (1850), art. 127, alínea 1.ª, disse: "Os contratos tratados por correspondência epistolar reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem condição nem reserva; até êsse ponto é livre retratar a proposta; salvo se o que a fêz se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado". Note-se que o art. 127 permitiu a revogação, se não há prazo. Não se estabeleceu o prazo legal do art. 1.081, II, do Código Civil; mas a interpretação havia de assentar: *a*) que se conceberam oferta e aceitação como elementos necessários; *b*) que a aceitação, no direito comercial, deixou de ser receptícia; *c*) que a revogação da oferta é manifestação receptícia de vontade (se A ofertou, a 15 de março, e B aceitou, expedindo a resposta, a 23 de abril, não tem mais eficácia a revogação que seja comunicada a B no dia 24 de abril). O direito comercial e o civil coincidem, exceto no que resulta da recepticiedade da aceitação, se a oferta não marcou prazo. Enquanto o Código Comercial permite a revogação até que se expeça a aceitação, naturalmente segundo os prazos dos usos, o Código Civil só tem por eficaz a aceitação recebida. No art. 127, alínea 1.ª, não se falou de espécies "em que se não costuma a aceitação expressa", mas a regra jurídica do art. 131, inciso 4, impõe-se: "O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras". No art. 1.084 do Código Civil, prevê-se a dispensa da aceitação expressa; o art. 127, alínea 1.ª, do Código Comercial, diz o mesmo, com palavras que parecem aludir a certas espécies, mas têm de ser interpretadas como abrangentes de tôda pré-exclusão da recepticiedade: "salvo se o que a fêz se houver comprometido a esperar a resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição". O final do art. 127, alínea 1.ª, *verbis* "até que decorra o prazo determinado", tem conteúdo que corresponde ao do art. 1.081, III, do Código Civil. Para que o art. 1.084 incida é preciso: *a*) que tenha havido oferta, séria e com intuito vinculativo; *b*) que tenha sido comunicada ao ofertado a oferta; *c*) que a

oferta seja inteligível e precisa, porque ninguém tem dever de responder ao que não entende; *d*) que a revogação não tenha chegado com tempo, isto é, antes da aceitação tácita, ou expressa não-receptícia, como o lançamento do crédito ou do débito nos livros do ofertado.

A aceitação não-receptícia pode ocorrer por ato de adimplemento ou de apropriação.

(d) Algumas vêzes, a aceitação que amplia compreende aceitação e oferta. Então, o contrato ficou perfeito quanto ao que foi oferecido e outro negócio jurídico se pode concluir se o oferente aceita o que, como ampliação da resposta, lhe chegou como oferta. Por exemplo: A telegrafa "Ofereço-lhe pelo preço *x* tantas toneladas"; resposta de B: "Compro-lhe mais outras tantas". A pode recusar a venda das outras tantas. Pode dar-se que a resposta não seja aceitação, mas outra oferta: "Compro o dôbro, porque as oferecidas não me bastam". Se o aceitante apenas responde "Segue carta", entende-se que é resposta com alterações, salvo se era de interpretar o aviso como de simples informe de ter aceito.

O art. 1.084 incide quando houve acôrdo entre oferente e ofertado sôbre não precisarem ser receptícias as aceitações, ou se o oferente mesmo, unilateralmente, se submeteu a que a aceitação pudesse ser eficaz sem lhe ser comunicada, como se apenas exige a expedição. O prazo legal do art. 1.081, II, nada tem com as aceitações não-receptícias. Se o oferente exigiu execução imediata do contrato, a aceitação pode ser tácita e não precisa de comunicação, salvo exigência do oferente. Se a comunicação não é necessária, o negócio jurídico bilateral ou plurilateral conclui-se antes de poder o oferente conhecer a manifestação de vontade do ofertado. Mas a vontade do ofertado precisa manifestar-se: se B recebeu a mercadoria, que A lhe oferece, como objeto de compra-e-venda, sem precisar B de comunicar que aceita, e B a consome, crendo-a sua, não aceitou. Nem há aceitação se a consumiu terceiro, ainda empregado de B, sem poder de representação. Se B aceitou, ou consumiu a mercadoria (aceitação tácita), crendo que o preço era ac câmbio oficial, há êrro.

A duração da oferta para a qual não se exige comunicação da aceitação depende do que manifestou o oferente, ou das circunstâncias. Não se trata do prazo para a chegada, de que se fala no art. 1.081, III, mas sim de prazo para aceitar. De regra, tal prazo é o mais breve possível, tendo-se porém de consultar os usos do tráfico.

Tem-se dito que às vêzes se *finge* a aceitação (A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 480). Pensa-se na aceitação pelo silêncio. A aceita-

ção de quem silencia não é ficta; é aceitação verdadeira, manifestação de vontade silente.

(e) As pessoas a que se fazem ofertas são livres quanto a aceitá-las ou recusá-las e apenas se podem expor a reparar danos que causem, ou interêsse negativo. Todavia, pode dar-se que regra jurídica ou negócio jurídico crie *dever de contratar*. Se o contrato é de compra-e-venda e não se transferira a propriedade da coisa vendida, o vendedor obrigou-se exatamente a essa transferência. Se não no cumpre, responde pela inexecução do contrato. Se o que se quer é contrato de eficácia pessoal, tem-se de concluir, antes, contrato que crie dever de contratar, pré-contrato, *pactum de contrahendo*. Por exemplo: pré-contrato para fazer contrato de compra-e-venda. Não é pré-contrato de transmitir propriedade, e sim de vender, ou de comprar, que o devedor pode cumprir entregando a coisa ou fazendo a escritura de acôrdo de transmissão, saltando o contrato consensual, que teria de concluir. Se prometi alugar, cumpro-o dando em locação, ou assinando o contrato de locação. Se contrato real, como o mútuo, o pré-contrato é consensual, mas pode cumprir-se com a dação do mútuo.

O dever de contratar existe em virtude de lei sempre que a regra jurídica o estabelece para alguém, que se pôs na situação de oferente permanente, ou de aceitante permanente. Tal o que acontece com os correios e telégrafos, as estradas de ferro e os bondes. A relação jurídica, que surge, é contratual. Em todo o caso, os bebedouros públicos e os reservados públicos não dão azo a contratos: as pessoas e, até, animais beneficiam-se com o dever e a obrigação de direito público, que tem o Estado, a que correspondem direitos e pretensões das pessoas e dos donos dos animais. Se os animais não têm dono, a permissão é precária, salvo *modus* que se tenha imposto ao Estado.

8. Conclusão do contrato. – Chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solda os dois ou mais negócios jurídicos. Pode ser que no suporte fáctico do contrato tenha de estar algum fato, inclusive ato jurídico de outrem (*e. g.*, assentimento de descendente, art. 1.132); porém tem-se de indagar se a falta é causa de insuficiência (inexistência) ou de deficiência (invalidade) ou de ineficácia. O contrato pode estar concluído, e não produzir outros efeitos que o efeito mínimo, que já estudamos. De ordinário, os efeitos começam com a conclusão. Às vêzes, há a retroeficácia da ratificação, se houve gestão de negócios alheios (art. 1.343).

Até chegar-se à conclusão, o contrato *não é*. A oferta vinculou o oferente, criando ao destinatário direito formativo gerador, que êle exerce aceitando. Por isso, o oferente não deve impedir, ou dificultar a aceitação expressa ou tácita, nem a sua expedição ou chegada, – corre-lhe o dever de facilitá-la. Se há violação de tal dever, acarreta com a dilatação do prazo o que dificultou ou impediu a aceitação, a expedição ou a chegada. Se chega tardiamente a aceitação, tem o oferente o dever de aviso (art. 1.082). Outro efeito da oferta em si só é o dever para o oferente de evitar que se torne impossível a prestação, porque, se se conclui o contrato, desde a oferta tem o oferente de indenizar pela impossibilidade da prestação, se houve culpa sua (arts. 865, alínea 2.ª. 867, 870, 879, 2.ª parte, e 887). Para se fundamentar tal princípio, no direito brasileiro, não se precisa de invocar o art. 120. Os oferentes têm o dever de não frustrar nem diminuir o que vai ser do aceitante; e o aceitante o dever de não frustrar nem diminuir o que vai ser do oferente, desde o momento em que aceita. Se a prestação se impossibilitou antes da aceitação, o contrato é nulo (art. 145, II, 2.ª parte). Quanto à coisa expedida, ou entregue ao ofertado para exame, tem êle o dever de guarda e restituição, se o contrato não se conclui. Não se trata de relação jurídica contratual, nem semelhante à relação jurídica contratual; mas da relação jurídica de que provém o seu direito formativo à aceitação, – razão por que aquela opinião é de afastar-se, sem se cair na construção regressiva de simples efeito psicológico (!), como aconteceu a A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, II, 488). Tanto assim que outros efeitos se irradiam que não se poderiam explicar sem se atender a que, hoje, a oferta, vinculativa como é, estabelece relação jurídica pré-contratual, à diferença do que ocorria no direito romano e, mais precisamente, antes do Preussisches Allgemeines Landrecht, de que vêm os princípios da irrevogabilidade e da vinculação: *a*) o oferente tem dever de esclarecer a oferta que fêz e de dar os informes que sejam de mister à resolução do ofertado; *b*) tem igual dever, quanto à aceitação a ser expedida ou já recebida, o destinatário; *c*) oferente e aceitante têm pretensão à reparação pela chamada *culpa in contrahendo*, que em verdade é a do interêsse negativo, pelo que cause um ou outro, na não-conclusão do contrato. Não se trata de responsabilidade contratual. Nem é responsabilidade contratual a que qualquer dêles tem pelo dano que a coisa entregue para a conclusão do contrato, que se deu, ou que não se deu, cause ao que teria de aceitar, ou ao que ofertou e recebeu a coisa, para exame. Não se trata, tão-pouco, de reparação pelo ato ilícito absoluto (art. 159). A fonte do dever e da obrigação de reparar está na relação jurídica derivada da oferta, ou do próprio pré-exercício do direito formativo à acei-

tação. Se ainda não houve oferta, nem aceitação, mas apenas punctações, a reparação sòmente se pode basear na culpa, ou no dolo (*e. g.*, *A* manteve as conversações com C para evitar que C contratasse com B). Se A obtém contrato com C, induzindo-o a cláusulas que, sem a insinceridade ou falta de correção de A, não teria concluído, responde A pelo interêsse negativo (art. 93).

9. ACEITAÇÃO TARDIA. – Diz o art. 1.082: "Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, êste comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Para que incida o art. 1.082, é preciso que a aceitação seja receptícia. No direito brasileiro, a aceitação, nos casos do art. 1.081, III, do Código Civil, ou do art. 127, 2.ª parte, do Código Comercial, é eficaz com a expedição, de modo que o contrato se conclui. Para as espécies em que se exige a recepticiedade (art. 1.082, *verbis* "chegar tarde ao conhecimento do proponente") foi que se concebeu o art. 1.082. O contrato não se conclui, mas o oferente, que não comunicou ao aceitante o atraso, responde por perdas e danos. A falta dêsse ato jurídico *stricto sensu* importa em responsabilidade ainda sem culpa. Trata-se de efeito que o art. 1.082 atribuiu à oferta, a que se seguiu aceitação receptícia. O aceitante, *ex hypothesi*, ignora que tenha havido a circunstância imprevista, retardante; mas é indiferente, para a incidência do art. 1.082, que o saiba, pois, ainda sabendo que tal imprevisto aconteceu (*e. g.*, atraso do avião em que foi a carta com a aceitação), tem êle direito à comunicação, ou, na falta, a perdas e danos. Tal solução é a mais acertada porque se pode dar que a aceitação, a despeito da circunstância imprevista e conhecida do aceitante, haja chegado a tempo (*e. g.*, a carta seguiu por outro avião que não aquêle em que deveria, a juízo.do aceitante, ter partido). O oferente tem de comunicar, imediatamente, ao aceitante, e não só expedir a comunicação. Também aqui o direito brasileiro se afastou do § 149 do Código Civil alemão e de algumas interpretações que lhe deram.

Se a aceitação receptícia chegou a tempo, ainda que outra tenha sido a interpretação dos têrmos da oferta pelo oferente, ou se não era receptícia, de acôrdo com usos a que se referem o art. 1.084 do Código Civil ou o art. 127, 2.ª parte, do Código Comercial, ou era de incidir o art. 1.081, III, qualquer comunicação do oferente que altere os fatos, ou seja impertinente: o contrato concluíu-se. A responsabilidade pelos danos já é após o contrato.

O art. 1.082 sòmente cogitou do oferente e do seu dever de comunicação. Pode dar-se que o aceitante, crendo, erradamente, que o contrato não se concluiu, pratique atos, positivos ou negativos, que causem danos ao oferente. Então, responde por êsses danos (TH. KIPP, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe für* RICHARD KOCH, 116). Se o aceitante, crendo que se concluiu o contrato, pratica atos, positivos ou negativos, que causem danos ao oferente, e êsse não recebera a aceitação tardia, responde por êsses danos; porque o risco foi seu e o dever de comunicação, por parte do oferente, sòmente teria nascido se tivesse êle recebido, tardiamente, a aceitação. Dá-se o mesmo quanto ao aceitante que tem por não-receptícia a aceitação que o era e, a despeito disso, procedeu como se o contrato se tivesse concluído.

10. VENDAS AO PÚBLICO E OUTROS CONTRATOS COM PESSOA A MELHOR OFERTA. – O leilão e a licitação oferecem a particularidade de se dirigir o que quer dispor, através do leiloeiro, ou do porteiro do auditório, a duas ou mais pessoas, convida dando-os a ofertar. Há, tècnicamente, a *invitatio ad offerendum*, mais o lançamento do brado típico, que vincula: "Quem dá mais?" A negociação é com todos (ao ar aberto), em vez de fechada, como se A convida B a ofertar. O negócio jurídico conclui-se com o bater do martelo, ou a aceitação verbal ou escrita da oferta maior. Enquanto se não aceita alguma oferta, prossegue a verificação; ou, se foram tôdas apontadas por escrito, dentro de prazo, verifica-se qual a melhor oferta, examinando-se tôdas após o encerramento (técnica das concorrências). A cada maior oferta, extingue-se a menor. Se a maior oferta é nula, ou ineficaz, mas o leiloeiro, ou o recebedor de ofertas a repele imediatamente (= antes de a dar por aceita), é eficaz a imediatamente menor, se não se desinteressou de mantê-la êsse oferente. Não se pode admitir o princípio de que à oferta maior, ainda que nula ou ineficaz, se tenha de atribuir extinção da imediatamente menor (P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 475; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, II, 214); nem o de não se extinguir a oferta imediatamente menor, por ser nula ou ineficaz a maior (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 404; L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 403 s.). A oferta imediatamente menor extingue-se quando se aceita a maior, e não enquanto se processa maior oferta, ou quando, entre ela e a que se processa, outra, maior, se intercalou. A superação ou deriva da passagem a outro degrau, tentando-se alcançar terceiro, ou quando se pára no outro degrau. O que ofertou está vinculado, como qualquer oferente, até que se conclua com êle, ou com outrem, ou se passe a examinar terceira oferta. Nas duas

primeiras espécies, há superação exterior da oferta; na terceira, superação interior. Convém ainda observar-se que a aceitação pelo leiloeiro (entrega do ramo, bater do martelo, adjudicação) é manifestação não-receptícia de vontade. Em conseqüência disso, se o que ofertou se ausenta, o contrato se conclui. Bem assim, se morre, ou cai em incapacidade.

Quanto à arrematação de bens em execução forçada, não se trata de contrato. Quem está com o poder de dispor é o Estado. A carta de adjudicação é a sentença. A oferta dos licitantes não é oferta *de contrato*; é oferta *de aquisição ao Estado*; nem a adjudicação é aceitação de contrato, é decisão judicial, como outra qualquer. Tal como acontece com a decisão na concordata, preventiva ou suspensiva. O que acima se disse sôbre as vendas públicas e outros contratos com pessoa a melhor oferta é *dispositivo*, como regra jurídica comum a todo o direito público e privado.

11. TELEGRAFIA E TELEFONIA. – Foi a doutrina que teve de resolver, por si, os problemas das manifestações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, feitas pelo telégrafo. No comêço do século, poucos Estados tinham regras jurídicas escritas. O art. 12, alínea 2.ª do Código suíço das Obrigações (1881) foi novidade, seguido do antigo Código Comercial italiano, arts. 45 e 47, sem se falar das esparsas legislações estaduais dos Estados Unidos da América (cf. F. MEILI, *Das Telephonrecht*, 270; G. MAAS, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege*, 18).

A opinião de se ter de tratar a oferta pelo telefone, como entre presentes, foi sustentada por C. GABBA, em 1882, no *Giornale delle Legge* (n. 40), que não conseguimos ler; e dava êle a solução que temos no art. 1.081, I, alínea 2.ª: a oferta é a pessoa presente. Discordou, sem razão, E. VIDARI (n. 42). Polemizaram os dois (*Monitore dei Tribunali*, 1882, n. 43; e *Giornale delle Legge*, n. 46). BOLAFFIO (L'art. 36 dei nuovo Codice di commercio ed i contratti per telefono, *Archivio Giuridico*, 29, 520) manteve que seria entre ausentes, mas reconheceu que a revogação não se poderia dar. Outros ativeram-se à consideração de que há presença e não há, há ausência e há presença, o que criaria situação especial; razão por que G. VIDAL (*Le Téléphone au point de vue juridique*, 94) teve a questão como de fato, deixando a decisão ao juiz. Já em 1883, M. v. STUBENRAUCH interpretava o direito austríaco no sentido de serem entre presentes os negócios jurídicos por telefone. Também J. KOHLER (Über den Vertrag unter Abwesenden, *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 301). Em 1873, H. SCHOTT (*Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 68) e, em 1879,

R. MARSSON (*Die Natur der Vertragsofferte*, 9), só aludiam à presença material dos figurantes.

A manifestação por telefone tem tôda a parecença com a manifestação de pessoa a pessoa, no mesmo ou em próximo lugar. O telégrafo, não. A conclusão do contrato por telefone é de prova difícil, se não se capta a resposta, fonogràficamente; a conclusão do contrato por telégrafo é de mais fácil prova. O despacho escrito, que se entrega ao telegrafista, ou ao empregado que recebe os despachos, é, para o telegrafista, como, para o tipógrafo, o manuscrito; o empregado só recebedor, se o há, é sòmente como o portador do manuscrito. Porém o telégrafo recebe a manifestação de vontade de que seja transmitido ao destinatário do telegrama o conteúdo dêle. O despacho telegráfico é documento privado, ainda que se trate de telégrafo estatal. Prova êle o contrato entre o remetente e o telégrafo, desde que se dá o recibo do despacho ao que o entregou (cf. G. MAAS, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege*, 24; e H. SCHOTT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, 606, que chamou atenção para não conter o texto do despacho por si a manifestação de vontade de ser expedido). O despacho telegráfico é carta original do remetente (FUCHS, Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 43, 95); e não como a carta que outrem escreveu (M. v. STUBENRAUCH, Der elektrische Telegraph in privatrechtlicher Beziehung, *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, 12, n. 18 e 19); nem cópia do original (J. LUDEWIG, *Die Telegraphie in staats- und privatrechtlicher Beziehung*, 159); nem cópia do que foi transmitido pelo aparelho, em sinais traduzíveis (A. L. REYSCHER, Das Telegraphenrecht, *Zeitschrift für deutschen Recht*, 19, 291; E. HEPP, *De la Correspondance privée postale et télégraphique*, 62); nem apenas a informação escrita da estação recebedora do que lhe foi transmitido (F. B. BUSCH, Noch ein Beitrag zum Telegraphenrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 45, 278 s.; F. SERAFINI, *Il Telegrafo in relazione alia giurisprudenza civile e commerciale*, 90 e 102); nem exposição escrita do serviço, aliás da obra (*opus*), que o telégrafo executou, em virtude do contrato entre o remetente e o telégrafo (F. MEILI, *Das Telegraphenrecht*, 2.ª ed., 64). Há o telegrama a ser entregue, que é a transmissão da manifestação de quem telegrafou, por outrem. Há os sinais transmitidos, de que se tirou o conteúdo do telegrama. Há o ato do transmitente do telegrama (telegrafista de expedição). Há o original do telegrama (despacho). Os atos de transmissão, recepção e escrita são atos do telégrafo como intermediário. O que o destinatário recebe é prova de que houve a manifestação de

vontade, de conhecimento, ou de sentimento, por parte do remetente. Se há prova contrária a êsse conteúdo, houve falsidade, falsificação ou êrro na transmissão, ou na estação receptora. O recibo pelo destinatário prova que o telégrafo executou o *opus*. É impossível eliminar-se a dualidade (escrito do remetente, escrito da estação receptora e entregadora, ou só entregadora). O primeiro escrito é documento particular do remetente, com a eficácia probatória dos instrumentos particulares assinados; o segundo, não: é escrito particular da repartição de telégrafos, se bem que tenha eficácia de instrumento particular de comunicação; a assinatura do remetente, que aí aparece, é apenas cópia. Se o remetente nega a assinatura, ou a exatidão do texto, pode dar-se a prova, com a exibição do original pela repartição (G. MAAS, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege*, 27), ou pela cópia em arquivo, ou por testemunhas. Se não há questão de identidade, o telegrama faz prova, inclusive se o remetente escreveu sem assinar, ou se, sem escrever e sem assinar, o remeteu. Não há fé pública dos telégrafos; nem o telegrama é equiparado a ato administrativo do funcionário público (cf. F. MEILI, *Das Telegraphenrecht*, 63). Surge questão séria, no direito brasileiro, devido ao art. 194 da Constituição de 1946, mas o ato do telegrafista-funcionário, ou do copiador-funcionário, ou do entregador-funcionário é ato de funcionário público, sem ser administrativo: é ato do funcionário público em adimplemento de dever e obrigação do Estado por ter contratado com o remetente. O art. 194 da Constituição de 1946 incide. O Estado fê-lo funcionário público, após discussões doutrinárias e políticas (cp. HOFFMANN, *Die Entwicklung des deutschen Reichs- Post- und Telegraphenwesen*, 74-78); acarreta com as conseqüências da sua concepção, sem que a lei ordinária possa limitar a incidência do art. 194.

O microfone pode também ser instrumento de manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento. Distingue-se do telefone em que emite sem receber (GRAWINKEL, *Lehrbuch der Telephonie und Mikrophonie*, 10); porque emite, as manifestações por meio de microfone podem ser manifestações receptícias ou não; se são receptícias, a recepção é assegurada pelo alcance da voz; se destinadas à formação de negócios jurídicos bilaterais, ou plurilaterais, tanto pode aceitar as ofertas quem responde de viva voz como quem responde em forma telegráfica, telefônica ou microfônica. A manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento por microfone trata-se como manifestação entre ausentes e não entre presentes. O art. 1.081, I, alínea 2.ª, não incide. Não há linha em cujas extremidades estejam os dois ou mais figurantes. A missiva microfônica é como car-

ta ao público, ou a determinada pessoa. Ofertas ao público e promessas ao público podem ser feitas por microfone; porém o microfone pode ser dirigido apenas a certo escritório, ou pessoa. Os aparelhos microfônicos, combinados, de emissão e de recepção, tratam-se como telefones, pois são telefones sem a exigência da proximidade da bôca ou do ouvido ao aparelho. Bem assim o aparelho telegráfico, combinado, em que nas extremidades estejam os dois figurantes e leiam os sinais. Ainda se há conexão cora outro aparelho, que traduza em cores, ou outras indicações.

Se o ato jurídico (não só o negócio jurídico) exige a forma escrita, ou se sustenta *a*) que não se pode praticar por telegrama (e tal foi a opinião de J. C. BLUNTSCHLI, em parecer de 1860), ou *b*) que é possível concluir-se o próprio negócio jurídico bilateral ou plurilateral (Tribunal Superior Prussiano, a 2 de maio de 1861). Foi C. J. A. MITTERMAIER (Das Telegraphenrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 46, 47) quem mais enèrgicamente se insurgiu contra o julgado prussiano, se bem que lhe elogiasse os fundamentos (47, 221). As discussões que se seguiram na Alemanha e alhures pouco adiantam: ou não atendiam a que as repartições eram obrigadas a guardar, pelo menos por certo tempo, os originais, ou não viam qualquer inconveniente na assimilação do telegrama à carta. O Código suíço das Obrigações (1881), art. 12, II, e o Código Comercial italiano, art. 45, tomaram a atitude de considerar o telegrama escrito privado. Aliás, não se poderia ficar com a indecisão disfarçada de F. SERAFINI (*Il Telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, 44: "sotto certe cautele") e de E. HEPP (*De la Correspondance privée postále et télegraphique*, 12), mais perigosa do que as duas opiniões extremas. O despacho telegráfico é como carta, que, ao invés de se entregar ao correio, se entrega ao telégrafo. Não há para a correspondência telegráfica obstáculo a que se tenha por idônea como não no há para a correspondência epistolar. Havê-lo-ia se houvesse a exigência – primitiva, inadmissível desde tantos séculos – da *unitas do contrato*. Oferta telegráfica e aceitação telegráfica são manifestações assinadas de vontade (cf. F. MEILI, *Das Telegraphenrecht*, 2.ª ed., 73 s.). O argumento de que o oferente só tem consigo a aceitação e o aceitante só a oferta, se fôsse contra a admissibilidade do telegrama como forma escrita, também afastaria a contratação por meio de cartas. Cumpre também observar que fôra absurda a construção de alguns escritores, inclusive F. MEILI (75), que viram no contrato por telegrama contrato entre ausentes e repartição telegráfica. A repartição não tem, sequer, a função do tabelião, ainda que só se lhe dê dever de guardar, até certo tempo, os originais

dos despachos. Não há, a favor dela, presunção *iuris tantum* de que tenha sido fiel no transmitir; a presunção é *hominis* (C. J. A. MITTERMAIER, Das Telegraphenrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, 46, 47). A tese de WENGLER (Über die Beweislast des Telegramms, *Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung*, 21, 193) era errada e não poderia, *de lege lata*, ser recebida pelo direito brasileiro. O destinatário da oferta pode exigir que lhe dê o oferente prova da autenticidade; e o oferente mesmo pode exigir da repartição que transmita comunicação da prova da identidade do oferente e da autenticidade e exatidão da oferta, bem assim o aceitante.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 225. B – Doutrina

Pontes de Miranda expõe que nos atos jurídicos *stricto senso*, em que a vontade é elemento essencial representa a grande maioria e em todos os negócios jurídicos, a vontade é elemento essencial.

Com efeito, o acordo de vontades entre as partes tem de coincidir, em seu conteúdo, como elemento volitivo expresso por cada uma delas.

Pontes de Miranda trata da "oferta" e "convite de ofertar", expondo que a oferta é manifestação de vontade. Ao dispor sobre a vinculação do ofertante, menciona os arts. 1.080 e 1.081 do CC/1916 que correspondem aos arts. 427, 428 do CC/2002, que tratam da "proposta".

A doutrina consagra o entendimento de que a proposta tem caráter de obrigatoriedade, pois o ofertante não poderá retirá-la. No entanto, somente produz a obrigação, diante de sua aceitação, a quem é dirigida. Trata-se de uma manifestação receptícia de vontade.

A oferta ao público, consoante o art. 429 do CC/2002, "equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos".

A oferta entre ausentes vem regulada no art. 434 do CC/2002.

A aceitação da proposta consta do art. 430 do CC/2002: "Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos". Do seu turno, reza o art. 431: "A aceitação fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará nova proposta"

Quer dizer, a sistemática adotada pelo atual Código não difere daquela consagrada no Código anterior.

Na parte concernente à aceitação do contrato, Pontes de Miranda faz referência ao art. 1.132 do CC/1916 que tem correspondência no art. 496 do CC/2002. O art. 1.343 do CC/1916 é correspondente ao art. 873 do CC/2002.

A aceitação tardia tem disciplina no art. 430 do CC/2002.

Pontes de Miranda esclarece que coube à doutrina resolver os problemas atinentes às manifestações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, feitas por telégrafo ou telefone.

Na época atual, diante do avanço da informática e das comunicações digitais, dúvida não pode existir que a proposta e aceitação, em qualquer tipo de oferta, podem se revestir dos meios modernos colocados à disposição do público. Todavia, em tais comunicações, é obrigatória a identificação de quem se utiliza de tais meios, tanto na oferta quanto na aceitação.

§ 226. CONCLUSÃO DO CONTRATO SEM RECEPTICIEDADE DA ACEITAÇÃO

1. CONCEITOS. – Chama-se *conclusão do contrato* o momento em que o contrato entra no mundo jurídico: os dois negócios jurídicos, que se perfizeram com as duas manifestações de vontade, integraram o negócio jurídico bilateral, porque a isso se destinavam. O Código Civil pôs as regras jurídicas a respeito, no Direito das Obrigações (arts. 1.079-1.091); mas o lugar próprio é a Parte Geral. O destinatário da manifestação de vontade, dita oferta, recebe-a, porque tôda manifestação de vontade, com que se perfaz o contrato, é, de regra, receptícia, mas, além de a receber, aceita-a. Daí a importância do conceito de aceitação. Mas pode ser dispensada a recepção pelo oferente, ou o é, se êsse é o uso. A dispensa pelo oferente pode resultar de manifestação, escrita, oral, ou por fato, de vontade, como se o vendedor, que oferece, remete desde logo a coisa. O momento em que se conclui o contrato é, então, aquêle em que se dá expressão, em atos, à vontade de aceitar (GEORG SCHWARZ, *Der Vertragsschluss*, 34 s.). A eficácia é a mesma que teria a aceitação se receptícia tivesse de ser. As manifestações de aceitação, não-receptícias, podem ser nulas, ou anuláveis, nas mesmas espécies em que o seriam as aceitações receptícias, inclusive se foram pelo consumo da coisa (W. WEDEMEYER, *Der Abschluss eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Annahmeverhandlungen*, 122; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 397; O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 275; sem razão: P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 466; A. JACOBSOHN, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen, *Jherings Jahrbücher*, 56, 403). A manifestação, em tais espécies, não é presumida; é ato que se tem provar, ainda que pelo *silêncio*. Se as mercadorias foram remetidas e o destinatário crê

que são outras, que lhe pertencem, ou a outra pessoa que não o oferente, não se dá conclusão do contrato, – a ação, que tem de propor, é a declaratória, e não a de anulação. Todavia, se só houve êrro quanto à pessoa, ou à qualidade essencial da pessoa ou da coisa, é de anulação que se há de cogitar. Se o destinatário recebeu a mercadoria e abre o caixão, ou raspa o invólucro, ou rompe o sêlo, ou desprega os arames ou cintas envolventes, ou se consome ou usa, apropriativamente, a coisa, aceitou, e é irrevogável a aceitação. Se, depois, manda, de volta, a mercadoria aberta, ou desencaixotada, ou descintada, tardiamente o faz, salvo se é do uso verificar-se a mercadoria, antes; se o não é, sòmente pode alegar vício de vontade, ou inadimplemento de contrato (adimplemento incompleto, violação positiva). Fora daí, há, com a devolução do objeto intacto, suposição de haver recusado, portanto suporte fáctico *insuficiente* (por não haver manifestação da vontade de aceitar). O que escreve, ou telegrafa ao comerciante, ou lhe envia núncio, ou mensageiro, que lhe remeta certa mercadoria, dispensou a recepticiedade da aceitação, e a remessa ou entrega ao núncio, ou mensageiro, é aceitação (sem razão, J. HIMMELSCHEIN, *Beiträge*, 102). Se a coisa foi enviada para reparação, começar a repará-la, ou entregá-la para isso aos empregados, ou a outrem, é aceitação. O preparar para determinado hóspede, ou família, o quarto, ou apartamento, é aceitação (W. WEDEMEYER, *Der Abschluss eines obligatorischcn Vertrags*, 86 s.), ainda que o hóspede não no saiba; *a fortiori*, se recusou outros hóspedes (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 408). São atos de adimplemento.

2. RECEPTICIEDADE DISPENSADA. – A dispensa da recepção torna a aceitação, para a eficácia, não-receptícia; no mais, tem de ser tratada como se tivesse havido a recepção da aceitação. Por isso mesmo, se, *antes* do ato do destinatário, que se há de interpretar como aceitação, chega alguma comunicação sôbre êrro na oferta, como se havia de ser a A, e não a A', ou é verdade o que diz o oferente, e houve êrro, portanto há anulabilidade, ou não é verdade, e A pode defender-se contra a alegação da anulabilidade. Assim, a aceitação, a que se dispensou recepção, é manifestação receptícia de vontade a que se cortou a recepticiedade: o mutilado da mão não é o mesmo que o nascido sem mão.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 226. A – Legislação

Quanto aos arts. 1.079 a 1.091 do CC/1916, apenas os arts. 1.079, 1.088 e 1.091 não tem correspondência no Código Civil vigente.

Os demais são correspondentes, respectivamente, aos arts. 427, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 426 e 114 do CC/2002.

CAPÍTULO IX
ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

§ 227. CONCEITO DE ATO JURÍDICO "STRICTO SENSU"

1. ATO HUMANO E ATO JURÍDICO. – Ato ou fato humano é o fato dependente da vontade do homem. Já aí o direito excluíu todos atos que os animais ou vegetais praticam. Tal eliminação peneira os atos, de modo que muitos sêres que *agem*, para satisfação de seus prazeres (no sentido mais largo), foram abstraídos, radicalmente. Tivemos ensejo de ver que, ainda a respeito de atos do homem, pôde o direito abstrair da vontade humana, para os considerar, como aos atos que os animais ou vegetais praticam, atos-fatos, fatos puros, de que apenas provêm fatos jurídicos *stricto sensu* ou atos-fatos jurídicos.

Os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos são o campo psíquico dos fatos jurídicos. São os meios mais eficientes da atividade inter-humana, na dimensão do direito. Nêles e por êles, a vontade, a inteligência e o sentimento inserem-se no mundo jurídico, edificando-o. Para trás ficaram os atos ilícitos (atos jurídicos ilícitos), os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto sensu*, como o nascimento, a morte, a aparição da ilha, a inundação, a frutificação e o incêndio ocasional.

O Código Civil, no art. 81, contém definição de ato jurídico: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico". Aí, ato jurídico é o ato jurídico lícito. Reminiscências alógicas e não atentas ao que em verdade se passa quando o fato, físico ou humano, entra no mundo jurídico, mantiveram a denominação "ato jurídico" sòmente para o ato jurídico lícito. O ato ilícito também entra no mundo jurídico. Também é fato jurídico,

como o nascimento, a morte, a avulsão, a comunicação de conhecimento e o contrato. Se ato jurídico sòmente fôsse o ato lícito, o ato conforme a direito, não se poderia falar de ato jurídico nulo, nem se teria como ato jurídico o ato infrator de obrigação. Se o ato ilícito é ato jurídico, exatamente por isso se distingue do nascimento, da morte, ou da avulsão, por ser ato, e não fato.

2. DISTINÇÃO ENTRE ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" E NEGÓCIOS JURÍDICOS. – A distinção entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* é assente na boa doutrina. Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduz a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação de escolha a escolhido. Tôda caracterização do negócio jurídico como regulador de relações jurídicas, normativo, preceptivo, ou algo semelhante, deriva de engano, que é o de se crer na edicção de normas jurídicas pelas pessoas. Tal não se dá; e o próprio conteúdo-*lei* dos tratados internacionais, quando o há, e o próprio chamado contrato normativo, não seriam prova de que os negócios jurídicos pudessem estabelecer qualquer regra jurídica.

3. CONTEÚDO E EFEITOS; DIREÇÃO DA VONTADE. – Muitas dificuldades resultam de se haver pensado, quando se trata de negócio jurídico, em direção da vontade aos efeitos *jurídicos*, de modo que se partia, *a priori*, de que, quando se compra, se quer que o vendedor preste a coisa, omitindo-se, no tempo, o conteúdo do contrato, que é a *promessa* e eliminando-se quase a diferença entre o negócio jurídico de compra-e-venda e o negócio jurídico de transmissão. Porém não é menos nociva a teoria que o conceitua como endereçado a efeitos *práticos*. Esquece-se, com isso, de que foi a categoria jurídica que se quis, ou que, se se escolheu, foi porque se deve entender ter sido o que se quis. Os efeitos jurídicos – inclusive os efeitos práticos – vêm daí; ou não se produzem. Se alguns resultaram de manifestações de vontade intra-autonômicas (= dentro da autonomia da vontade ou auto-regulação), nem por isso é menos o que as regras jurídicas cogentes concernentes à categoria não deixaram ao agente.

Há ponto que merece tôda atenção: quando se *declara* a vontade, o conhecimento, ou o sentimento, tem-se de esperar que a pessoa, a quem se dirige ou que há de conhecer o que foi declarado, confie no que é o significado exterior, objetivo, da declaração de vontade, de conhecimento ou de sentimento. Quem mal declara, pois que fêz claro o que queria, ou o que conhecia, ou o que sentia, acarreta com o bem e o mal da declaração. Se errou, ou há outra razão de discordância entre o declarado e o querido, ou o enunciado como conhecimento, ou o que sentia, sòmente por meio de anulação pode o declarante pleitear que se decrete a invalidade do ato jurídico. Quanto às manifestações de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, não declaradas, falta-lhes essa aclaração, essa luz que fixa o significado das manifestações de vontade declaradas; por isso mesmo, o que se manifestou é o que foi querido, o que o manifestante conhecia, ou sentia. Isso não quer dizer que, sabido o que foi que se manifestou, possa o agente impor como elemento volitivo o que não foi manifestado. Apenas é mais fácil provar-se o êrro, ou o dolo, a violência; não se elimina a necessidade da ação de anulação se não se mostra que não houve a vontade, embora manifestada com êrro, dolo, ou violência. No direito brasileiro, não há essa diferença entre o declarado e o manifestado, que se procurou insinuar noutros sistemas jurídicos (*e. g.*, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 407 s.). A anulação sòmente não é de mister quando se ataca a própria pretendida manifestação; porém isso se passaria se estivesse em causa, em vez de manifestação de vontade, declaração. É preciso que se não confundam os domínios da interpretação e os domínios da validade. Se houve, ou se não houve manifestação de vontade, declarada ou não, é questão de interpretação; se, apesar de haver manifestação de vontade, declarada ou não, é inválida, ou válida, é questão posterior à afirmação de existência.

As manifestações de vontade, declaradas ou não, podem ser *diretamente conhecidas* ou *indiretamente conhecidas*. Se A escreve a B, ou diz, frente a frente, a B que quer comprar a casa *b* de B, tal manifestação de vontade é direta. Ainda é direta se A o diz por telefone a B. Se C se interpõe na linha e imita a voz de B para aceitar, ou se C altera o preço oferecido, abrindo a carta e transformando *três* em *treze*, ou *mil* em *sete mil*, o que resultou não foi manifestação de vontade de B, ou de A. Trata-se de falsidade, ou, precisamente, no segundo caso, de falsificação, e a proposição negativa é, no próprio plano da existência dos atos jurídicos, pela afirmação da falta de suporte fáctico suficiente. Não se precisa de ação de nulidade, nem de anulação.

Nas manifestações de vontade indiretas, há fato de que se deduz a manifestação de vontade de alguém. Por exemplo: manifestações de vontade por núncio ou mensageiro; telegramas; publicações em jornais; notificações por meio de oficial de justiça. O êrro de transmissão não impede a formação do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*. Se A entende que não foi transmitido o que êle disse ao núncio ou mensageiro, ou que êle escreveu no despacho telegráfico, ou o oficial de justiça devia notificar, cabe-lhe alegar e provar o êrro. Foi êle quem escolheu o núncio ou mensageiro. Foi êle que redigiu o despacho telegráfico, ou mandou que outrem redigisse e êle assinasse. Foi êle ou o seu advogado que redigiu a petição ou requerimento. Não há, aí, em qualquer das espécies, questão de identidade do manifestante. Se houve falsificação, a ponto de ter chegado a B o que A não queria ("alugo", em vez de "compro", ou vice-versa), houve manifestação de vontade. O problema é mais delicado, sem, todavia, poder ter duas soluções, se A passou telegrama de felicitações por algum negócio que B fechou e B, que antes ofertara a A outro negócio, chegando a oferta a A antes do telegrama de A, recebe: "Fechado negócio; felicitações", em vez de "Felicitações por negócio fechado com D". Se o êrro foi do escritório de A, ou de núncio de A, ou do telégrafo, A está vinculado; salva a ação de anulação. Foi A quem escolheu o meio de transmissão. Muito diferente é o que se passa se A não ordenou ao núncio, ou empregado de escritório, ou ao telégrafo, qualquer manifestação de vontade, conhecimento, ou sentimento. Tem A ação contra quem passou o telegrama, ou escreveu a carta, ou transmitiu o que entendeu, sem que A o incumbisse disso.

A manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, ou é em escrito, ou em gravação, ou em telegrama, reputando-se escrito o impresso assinado, ou o disco ou película fonográfica, que apresente os requisitos de ligação à assinatura. Tais manifestações são ditas *materializadas*, ou *fixadas*. As outras são *não-materializadas*, ou *não-fixadas*, como a que se faz de viva voz, frente a frente ou por telefone. Nada impede que se façam entre presentes as manifestações materializadas ou fixas; são tão usadas quanto as outras. Por serem fixadas, não deixam ser, se o instrumento se perde, ou se destrói. Se B destrói o testamento de A, com a morte de A o testamento começou de produzir efeitos; ainda que B, sem assentimento de A, o houvesse destruído antes de morrer A. Se foi destruído o título de crédito por fogo, ou outro agente físico, ou por terceiro, não fica o credor ou portador dêle sem os meios de prova ou sem o processo chamado de amortização. A com-sorte absoluta da promessa com o título (cártula, instrumento) é rara; depende de *lex specialis*.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 227. A – Legislação

O art. 81 do CC/1916 não tem correspondência no Código vigente.

§ 227. B – Doutrina

Reporta-se à atualização feita ao § 160 desta obra.

§ 228. CONCEITO E LUGAR NA CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

1. ATO HUMANO E CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS. – O ato humano pode entrar no mundo jurídico como ato, ou como fato. Já aí está a dicotomia dos suportes fácticos em atos, que entram no mundo jurídico, como *atos jurídicos*, e atos, que só entram no mundo jurídico, como *fatos jurídicos*. Se não se *quis o* ato jurídico que resultou, não se pode pensar em negócio jurídico. Se foi querida a juridicização do ato como ato e daí resulta a sua entrada no mundo jurídico, *ou* os efeitos são os efeitos queridos *ou* podem ser diferentes. Donde ter-se pensado em considerar não-negociais todos os atos jurídicos cuja eficácia não corresponda ao conteúdo da vontade. Assim, arbitràriamente se diminuiria a abrangência do conceito de negócio jurídico, atitude que se fundava nos *Motive* (I, 126) do Código Civil alemão e tem sido automàticamente imitada, sem se proceder à crítica que seria de mister. Uma vez que a repelimos, resta-nos o problema de se saber se, adotado o conceito exato, há atos jurídicos (lícitos) não-negociais, isto é, se, *entre* os negócios jurídicos e os atos que sòmente entram no mundo jurídico como atos-fatos jurídicos, há classe *terceira*, que seria a dos atos jurídicos não-negociais (atos jurídicos *stricto sensu*).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 228. B – Doutrina

Como anotado, anteriormente, no campo da Teoria Geral do Direito, diversas são as classificações adotadas para a classificação dos fatos jurídicos.

Todavia, a doutrina entende que os fatos jurídicos são classificados em dois grupos: (a) fatos que independem da vontade do homem; (b) fatos voluntários.

Para Pontes de Miranda, "o ato humano pode entrar no mundo jurídico como ato, ou como fato" (§ 228, 1). Daí observar que há atos jurídicos (lícitos) não negociais que entram no mundo jurídico como atos jurídicos não negociais, que são os atos jurídicos *stricto sensu*.

Vicente Ráo, ao tratar da classificação dos fatos jurídicos, ensina: "o conceito de fato jurídico três categorias compreende, a saber: os fatos ou eventos exteriores que da vontade do sujeito independem; os fatos voluntários cuja disciplina e cujos efeitos são determinados exclusivamente por lei; os fatos voluntários (declarações de vontade) dirigidos à consecução dos efeitos ou resultados práticos que, de conformidade com o ordenamento jurídico, deles decorrem" (Ráo, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 28, n. 4).

§ 229. CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU"

1. Bases para a classificação. – As manifestações de vontade, que, entrando no mundo jurídico, se fazem atos jurídicos *stricto sensu*, ou *a*) reclamam, ou *b*) sòmente comunicam vontade, positiva ou negativamente, ou *c*) integram *atos* ou omissões, ou *d*) comunicam fato (inclusive sentimento), ou *e*) mandam (impõem ou proíbem).

2. Casuística. – a) As *reclamações* ou *provocações* (Aufforderungen) querem do reclamado ação ou omissão: ou clamam que faça, ou que não faça; ou clamam que se preste o que se prometeu (interpelação, inter, pellere, interpulsar, empurrar), ou que se ratifique, ou que se eleja; ou clamam emprazamento (fixação de prazo).

b) As *comunicações de vontade* (Willensmitteilungen) contêm querer, e comunicam-no. São, de ordinário, manifestações de vontade, que servem para determinar prestação, ou prazo, se a favor do devedor (escolha, fixação de tempo), ou de recusa por parte do credor: a não-ratificação do contrato concluído sem poder de representação (*e. g.*, pelo dono do negócio, se alguém se fêz gestor de negócios), a permissão de sublocar (art. 1.201), se o contrato de locação fêz dependente dela a sublocação, o consentimento para a cessão (art. 1.201, parágrafo único). A manifestação do devedor de que não quer prestar, ainda que contenha enunciado de não-existência

do crédito, ou de ineficácia, ou de existência de exceção, e a do credor de não pretender a prestação, entram na mesma classe; comunica-se vontade, ainda que sòmente se refira a momento futuro.

c) As *manifestações de vontade não-autônomas*, ou, melhor, não bastantes em si, têm a particularidade de não serem, só por si, negócios jurídicos, nem atos jurídicos *stricto sensu*: o ato jurídico *stricto sensu* é constituído por suporte fáctico em que são elementos necessários a manifestação de vontade e ato ou omissão do manifestante da vontade. Tal é que se passa com a *constituição de domicílio* (vontade de se estabelecer com ânimo definitivo + o fato de se estabelecer, arts. 31-42), a *gestão de negócios* alheios (vontade de se ocupar de negócio alheio + gestão efetiva, arts. 1.331, 1.334-1.345), a *restituição da coisa empenhada* (vontade de restituir materialmente + entrega material; art. 803, quando não se trata de conseqüência da remissão de dívida, art. 802, I, ou de renúncia ao penhor, art. 802, III, que seria negócio jurídico unilateral).

d) As *exteriorizações de representação*, ou *de sentimento* ou são receptícias ou não são, tais como: o perdão (*e. g.*, não receptício, art. 319, II, e parágrafo único); a notificação da cessão de crédito (art. 1.069); a de ter alienado a coisa locada (art. 1.197); a de ter outorgado procuração a terceiro (*aliter*, ao mandatário) ou de tê-la revogado (arts. 1.316, I, 1.ª parte, – 1.319); o aviso dos herdeiros do mandatário quanto à morte dêsse (art. 1.322); a comunicação de ter chegado tarde ao oferente a aceitação (art. 1.082); a notificação ao alienante de vício redibitório (art. 1.101, por isso mesmo o pedido na ação de rescisão contém essa comunicação de fato e leva em si o exercício de pretensão constitutiva negativa); o reconhecimento, de que trata o art. 172, V (interrupção da prescrição), inconfundível com o negócio jurídico de reconhecimento, que é negócio jurídico.

e) As *manifestações de vontade mandamentais* nem apenas comunicam vontade, nem reclamam: mandam.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 229. A – Legislação

Os artigos do Código de 1916 citados no texto têm o seguinte tratamento no Código vigente: (a) os arts. 31 a 42 do CC/1916 correspondem aos arts. 70 a 78 do CC/2002, com exceção aos §§ 1.º e 2.º do art. 35 e parágrafo único do art. 36;

(b) o art. 1.331 do CC/1916 tem correspondência com o art. 861 do CC/2002; (c) os arts. 1.334 a 1.345 do CC/1916 correspondem aos arts. 864 a 875 do CC/2002; (d) os arts. 1.316, 1.319 e 1.322 do CC/1916 correspondem, respectivamente, aos arts. 682, 687 e 690 do CC/2002; (e) os arts. 1.082 e 1.101 do CC/1916 têm correspondência, respectivamente, aos arts. 430 e 441 do CC/2002; (f) os arts. 802, 1.069 e 1.197 do CC/1916 correspondem, respectivamente, aos arts. 1.436, 290 e 576 do CC/2002; (g) o art. 319 do CC/1916 foi revogado pela Lei 6.515/1977; (h) o art. 172, V, do CC/1916 tem correspondência com o art. 202, VI, do CC/2002.

§ 229. B – Doutrina

Serpa Lopes, com razão, acentua que as relações humanas são governadas mediante disposições abstratas e, só excepcionalmente, pode uma regra destinar-se a um especial caso concreto. Essa abstração da norma funda-se no postulado decorrente do nosso sentido jurídico, isto é, para casos iguais deve reger um igual direito. Assim, "os fatos jurídicos sendo iguais, iguais são os seus efeitos e entre o fato jurídico e o efeito jurídico existe uma relação de causalidade que decorre não da ordem natural, senão da vontade da lei. É a lei que liga o fato jurídico às consequências jurídicas de que é portador" (Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. vol. 1, p. 408, n. 231).

Pontes de Miranda, ao classificar os atos jurídicos *stricto sensu*, aponta aqueles que se constituem em reclamações, comunicações de vontade, manifestações de vontade não autônomas, as exteriorizações de representação ou de sentimento e as manifestações de vontade mandamentais.

Tais fatos expressam comportamentos em atos meramente exteriores, que Vicente Ráo prefere qualificar como "ações voluntárias" e participações que se destinam ao conhecimento de outrem (Ráo, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 31, n. 6).

§ 230. A) RECLAMAÇÕES OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" RECLAMATIVOS

1. Conteúdo das reclamações. – As reclamações, em verdade, não contêm, necessàriamente, manifestação de vontade. O reclamado ou atende ao que dêle se reclama, ou sôbre o seu desatendimento, como suporte fáctico, incide regra jurídica, que o ponha no mundo jurídico, produzindo, então, fato jurídico, com os respectivos efeitos jurídicos. A mora é efeito do inadimplemento, se cabe, *in casu*, a regra jurídica *Dies interpellat pro homine*, ou do inadimplemento após a interpelação, se tal regra jurídica não cabe; e não da interpelação. Os efeitos da interpelação são o de advertir,

reclamar; a mora resulta do inadimplemento. A reclamação para que o donatário manifeste se aceita, ou não, a doação, cria dilema, sem que se possa ver, aí, cominação (= ameaça): se o donatário não responde, e a doação é sem *modus*, a regra jurídica do art. 1.166 incide; há aceitação (negócio jurídico que bilateraliza o negócio jurídico iniciado pelo negócio jurídico da doação), mas a reclamação foi, apenas, ato jurídico *stricto sensu*. O efeito jurídico é o efeito do negócio jurídico bilateralizante, e não da reclamação, com fixação de prazo para aceitar ou não. Por isso mesmo, o doador não pode acrescentar que se terá como recusada a doação não-modal, se não lhe vier resposta dentro do prazo. Há a eficácia dos atos jurídicos *stricto sensu*, que provêm das reclamações, e a eficácia dos fatos jurídicos oriundos do reclamado; e nisso se distinguem, essencialmente, dos negócios jurídicos que produzem os seus efeitos independentemente de qualquer atividade posterior dos figurantes e exatamente a fazem envolvida por êles.

2. MANIFESTAÇÕES DE CONHECIMENTO SÔBRE MANIFESTAÇÕES FUTURAS E HIPOTÉTICAS DE VONTADE. – As manifestações de conhecimento sôbre manifestações de vontade, futuras e hipotéticas, para o caso de ocorrer algum fato, não são reclamações, nem manifestações de vontade (O. LENEL, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, *Archiv für die civilistische Praxis*, 79, 60); pôsto que possa haver manifestação de vontade para eficácia se algum fato ocorrer.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 230. B – Doutrina

Neste parágrafo tem-se as primeiras figuras da classificação proposta por Pontes de Miranda, quanto ao aos atos jurídicos *stricto sensu*.

Como exemplo cita a declaração para que o donatário manifeste se aceita ou não a doação (art. 539 do CC/2002; art. 1.166 do CC/1916).

Vicente Ráo traz à colação o ensinamento de Santoro Passarelli de que se referindo "ao caráter funcional e dispositivo do negócio jurídico, caráter que o ato jurídico em sentido estrito não possui", acertadamente "exemplifica e distingue a notificação ou intimação do locador ao locatário para deixar o imóvel locado pode assumir a natureza seja de ato jurídico em sentido estrito, seja a de negócio jurídico (nós diríamos: seja a de mero fato jurídico voluntário e lícito, seja a de ato jurídico): a de ato jurídico em sentido estrito em se tratando de locação finda, sendo a notificação feita após o vencimento do contrato e não sendo caso de recondução

tácita: a de negócio jurídico nas hipóteses de despejo antes do vencimento do contrato, ou por mora, pois nestes casos 'l'interessato tende a un effetto dispositivo" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 33, n. 6, nota 4).

§ 231. B) COMUNICAÇÕES DE VONTADE OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" COMUNICATIVOS

1. CONTEÚDO DAS COMUNICAÇÕES DE VONTADE. – Nas comunicações de vontade, não se espera que a conduta do que as recebe seja essa, ou aquela, e que, conforme seja, tenha tal ou tal efeito a manifestação de vontade: comunica-se que tal é a vontade do que comunica. Assim, A tem de entregar a B, no dia *x*, o terreno que lhe vendeu e cuja propriedade já foi transferida, ou não, a B; A comunica a B que se retira da posse no dia *x*. Se A vendeu relógio, ou livro, para ser entregue no dia *x*, pode A comunicar a B que deixa a posse do relógio (que está, por exemplo, na joalheria, ou na livraria, em mãos do caixeiro C, ou no cofre). Não há confundir-se êsse ato jurídico *stricto sensu* com o negócio jurídico unilateral da derrelicção. A citação pessoal ou edital nas espécies de "vendas" do art. 704-706 do Código de Processo Civil é comunicação de vontade.

2. EFICÁCIA DAS COMUNICAÇÕES. – As manifestações de vontade, bastantes em si, que não são negócio jurídico, têm os efeitos que resultam da lei, quase sempre seguidos de atos que, por sua vez, surtem efeitos, razão por que, se não se presta atenção a que essa eficácia posterior é do *ato*, que se lhe seguiu, é fácil confundi-las com os negócios jurídicos.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 231. B – Doutrina

Neste parágrafo estamos diante das segundas figuras relacionadas por Pontes de Miranda em sua classificação.

Não se pode negar que as ações mencionadas no texto deste parágrafo estão a referir-se sobre o efeito dispositivo das comunicações de vontade do agente. Daí voltarmos às ponderações feitas na atualização do § 230.

§ 232. C) MANIFESTAÇÕES DE VONTADE NÃO BASTANTES EM SI OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" COMPÓSITOS

1. MANIFESTAÇÕES DE VONTADE. – As manifestações de vontade não bastantes em si não podem compor, de si sós, o elemento-ato dos atos jurídicos *stricto sensu*; precisam de algo que entre, com elas, no suporte fáctico. Convém, todavia, não as confundir com alguns atos-fatos jurídicos.

2. TRADIÇÃO (ART. 493, III). – A transmissão da posse é ato-fato jurídico, não ato jurídico *stricto sensu* (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 110); a transmissão por acôrdo é negócio jurídico, em cujo suporte fáctico está manifestação de vontade não bastante em si (= precisa de que o outorgado possa ter poder fáctico sôbre a coisa). Se o adquirente já tinha o poder fáctico, o acôrdo completa o suporte fáctico do negócio jurídico; se a posse era viciosa, deixa de o ser; dá-se a sucessão, ainda que se tenha de admitir que o adquirente de fato não sucedera.

Não se pode pôr a vontade de gestão de negócios e a de constituição de domicílio entre os atos-fatos jurídicos (sem razão, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, 111); são manifestações de vontade, não bastantes em si, que integram atos jurídicos *stricto sensu.*

Panorama atual pelo Atualizador

§ 232. B – Doutrina

Neste parágrafo são mencionados outros atos jurídicos *stricto sensu* incluídos na classificação proposta.

Nas hipóteses figuradas, mais uma vez, estão presentes casos de ações materiais voluntárias.

§ 233. D) EXTERIORIZAÇÕES DE REPRESENTAÇÃO OU DE SENTIMENTO OU ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" ENUNCIATIVOS

1. ENUNCIADO DE FATO E MUNDO JURÍDICO. – Nas manifestações de conhecimento, há carga preponderante de enunciado de fato: foi, não foi; é,

não é; ou simplesmente: estou convencido de que foi, de que não foi, ou de que é, ou de que não é. A *confissão* (art. 136, I), o *reconhecimento suficiente para interromper a prescrição* (art. 172, V), o *reconhecimento da filiação* (arts. 355-357, 363, III), a *datação* (*aliter*, no direito cambiário, onde a datação é manifestação de vontade negocial), as *relações de herdeiros e de bens* nos inventários, a *aprovação* ou *desaprovação da coisa adquirida* (certo, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 392; sem razão, H. WALSMANN, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, *Jherings Jahrbücher*, 54, 279 s., e A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 114, nota 71, que a consideram declaração de vontade formativa, o que reduziria o direito oriundo da compra-e-venda a conteúdo de direito formativo).

São manifestações de conhecimento, e não negócios jurídicos, portanto entram na classe dos atos jurídicos *stricto sensu*: *a*) o reconhecimento da paternidade ou da maternidade (arts. 355-363), como é declaratória a sentença favorável na ação de investigação da paternidade ou da maternidade (art. 363-367); *b*) o escrito a que se refere o art. 363, III; *c*) o ato de prestar contas, no que é confissão extrajudicial de entradas; *d*) as declarações de herdeiros e as declarações de bens sempre que se trate de ato de adimplemento do dever de inventariar, ou de admissão a inventariar (*e. g.*, art. 1.771); *e*) a declaração do tutor a que se refere o art. 430; *f*) o balanço de que se trata no art. 435, cumpre, porém, notar-se que o têrmo especificando os bens e valôres que se entregam ao tutor é negócio jurídico, pelo fato de se transferir, negocialmente, a posse (art. 423); *g*) os recibos e quitações; *h*) as declarações de bens, ou valôres, que integram patrimônio sôbre o qual outrem tem direitos, pretensões, ações ou exceções (só implicam declaração de que são completas se outro interessado é figurante da declaração, não bastando o fato da presença, G. PLANCK, *Kommentar*, III, *1-2*, 4.ª ed., 611); *i*) a informação do cedido ao cessionário ou do devedor ao terceiro, a favor de quem se estipulou, quanto ao montante da dívida; *j*) o ato do possuidor imediato em que reconhece a posse mediata de outrem; *k*) em geral, as confissões judiciais e extrajudiciais.

Sempre que o reconhecimento é ato jurídico *stricto sensu*, além do valor probatório, tem efeitos peculiares à classe, ou subclasse, a que pertence, de direito material. Tais como: interromper a prescrição (art. 172, V); se o que reconheceu o filho A se casa com a mãe de A estabelece-se a presunção de ter coabitado com ela durante o intervalo. O efeito precípuo da confissão é dispensar a prova. O fato de não cogitar da confissão extrajudicial o Código de Processo Civil, arts. 229-234, não exclui a confissão

extrajudicial como meio de prova, assim em direito civil como em direito comercial ou em direito administrativo. É meio de prova, embora sem a fôrça probante da confissão judicial (sem razão, A. HEUSLER, Die Grundlagen des Beweisrechtes, *Archiv für civilistische Praxis*, 62, 209; e A. WACH, Das Geständnis, *Archiv*, 64, 216). Não se trata de simples indício, como pareceu a A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 248). O art. 136, I, é expressivo.

2. RECEPTICIEDADE E NÃO-RECEPTICIEDADE. – As exteriorizações de conhecimento podem ser *receptícias*, ou *não*. Se são receptícias, dizem-se *comunicações* ou *avisos* (os anúncios são comunicações de conhecimento, porém nem sempre entram no mundo jurídico). Se não são receptícias, entram no mundo jurídico, independente de terem sido comunicadas a alguém. Se A comunica a B e a C que passou procuração a B, a sua comunicação é *cheia*: comunica e outorga podêres, dependendo o mandato de que o aceite B (comunicação, ato jurídico *stricto sensu*; procuração, oferta de contrato, portanto negócio jurídico que se bilateraliza com a aceitação); ao passo que a comunicação a C é apenas ato jurídico *stricto sensu*, porque comunicar manifestação de vontade não é manifestar vontade. Se B responde a A que aceitou, manifesta vontade. Se A comunica ter passado procuração, e não passou, o seu ato pode ter conseqüências jurídicas, porém não houve manifestação de vontade. Por isso mesmo, nos testamentos, se o testador diz que, no anterior, legou a B, sendo decretada a nulidade do primeiro, B não é legatário. Legado é negócio jurídico. Também a comunicação de futura vontade não é manifestação de vontade (C. CROME, *System*, *I*, 380, nota 1): o que diz (não o que promete a terceiro) que vai propor ação de nulidade, ou de anulação, o que ameaça com a venda de uma coisa, ou comunica que vai gerir negócios de outrem, não manifesta vontade, – anuncia; pôsto que a comunicação ao dono do negócio possa conter vontade, falta a gestão fáctica (a gestão de negócio é ato jurídico *stricto sensu* compósito, isto é, da classe c), tratada no § 232, n. 1.

3. ALUSÃO AO TEMPO EM QUE SE QUIS. – As comunicações ou avisos ou se referem ao *passado* (o aviso do art. 1.082, a comunicação de ter revogado a procuração, arts. 1.316, I, 1.318 e 1.319, a citação do art. 975, em caso de consignação, a comunicação de ter cedido o crédito, art. 1.069, ou de ter assumido a dívida), ao *presente* (a afirmação das qualidades da coisa pelo alienante), ao *passado* e ao *presente* (o aviso de existirem vícios redibitórios, arts. 1.101-1.106) e ao *futuro* (a publicação da data das hastas

públicas e dos leilões; a datação da convocação das assembléias gerais de sociedades, de diretorias, de reuniões de credores, ou interessados em algum negócio comum; a indicação da "ordem do dia").

4. COMINAÇÕES. – As cominações (*Androhungen*) oferecem certas dificuldades no serem classificadas. Se o credor não vem buscar a coisa, ou não a quer receber, e o devedor não a pode depositar em consignação, por ser deteriorável, ou excluída de depósito, o caminho, que lhe fica, é o de pedir a hasta pública dos arts. 704 e 705 do Código de Processo Civil, com citação do credor, ou avisar a êsse de que o vai fazer. Não há aparência de cominação, senão porque há a alternativa a favor do credor: aceitar a coisa, ou sofrer a hasta pública. Essa aparência levou a doutrina a divergências quanto aos atos cominatórios: *a*) negócio jurídico (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 519); *b*) "declaração" (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 285; *c*) comunicação de vontade (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726). Ora, na cominação – etimològicamente, *comminatio*, de *minor*, *minare*, ameaçar, como pôr-se nos muros altos, *minae*, e ditar conduta – há comunicação de fato futuro e há indicação, implícita ou explícita, do que o cominado pode fazer para escapar à ameaça. A vontade está, contudo, presente. Há comunicação de vontade, mais fato futuro: ou *a*, ou *b* (pena cominada). Apenas *b* é "efeito" de não-*a*, prefixado pela lei. *d*) As cominações são atos jurídicos *stricto sensu*, entram, de regra, na classe das comunicações de vontade (sem razão, J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, *I*, 116; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 116, nota 82). O assunto já foi tratado no § 26, 1.

5. COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO POR DEVER. – As comunicações de conhecimento podem ser feitas por *dever de comunicação*, ou *dever de aviso* (Anzeigepflicht). Então, são atos conforme a direito, como os há contrários a direito. Se existe o dever de aviso, só o caso e as circunstâncias podem mostrar. Sempre que há revogabilidade, há necessidade de aviso; porque, se não se cumpre, a revogação é ineficaz. Mas necessidade e dever são conceitos distintos. O mandante, que remeteu dinheiro para que o mandatário comprasse a casa, pode revogar a procuração, e não avisar; não, porém, ordenar ao banco que faça volver o dinheiro, antes de revogar o mandato: ali, o seu ato, uma vez que é revogável o mandato, é a seu líbito; aqui, não: o seu ato é contrário a direito, infringe dever de manter o dinheiro à disposição do mandatário, conforme os têrmos ou as instruções da procuração. Não se pode admitir que não exista dever de aviso, por parte

do devedor, se se tornou impossível a prestação. Nem do que remete mercadorias que hajam de ser procuradas em depósitos, estações, armazéns ou outro determinado lugar. Nem do que esgotou os fundos para negócio que deva continuar. Nem do que apresentou alguém a casa comercial, se sabe, de fonte segura, que o apresentado se revelou muito aquém das suas informações: ainda que a carta de apresentação não equivalha, na espécie, a negócio jurídico de garantia, o ato do que infringe tal dever pode ser ilícito absoluto (art. 159), em vez de ilícito relativo.

6. A QUE SERVEM AS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO. – As comunicações de conhecimento ora servem a nascimento de direito (*e. g.*, a comunicação que se junta à entrega do objeto achado, art. 603-606, a notificação do devedor, a "intimação" dos arts. 792, II, e 794, e do Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934), ora à conservação (*e. g.*, a comunicação ao hoteleiro ou dono de casa de pensão, estalagem, ou o que fôr, a propósito de perda ou subtração de objetos, inclusive trens, ônibus, carros de lotação e bondes; quanto a vícios redibitórios, para que se dê, no lugar das coisas viciadas, outras em bom estado), ora a exercício de direito (pelo devedor ao credor, se terceiro quer assumir a dívida, pois, se o credor não consente, aprovando-o, não se dá a assunção e, enquanto o consentimento não vem, é revogável a assunção; entre devedor e terceiro, há negócio jurídico, entre credor e terceiro conclui-se com a aprovação: entre devedor e credor, há apenas ato jurídico *stricto sensu*, e não oferta a que se siga aprovação), como, de regra, ocorre com as cominações.

7. EFICÁCIA DAS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO. – Quanto à *eficácia*, as comunicações de conhecimento, se não têm por fito estabelecerem discussões (afirmações, negações), ligam os que as fazem: *a*) ou porque devam responder pela *verdade* e *precisão* delas (*e. g.*, o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de obrigação, invocar a idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontâneamente se disse maior, art. 155; se o que se disse autorizado, como o tutor e o curador, arts. 427 e 453, não no era, ou o que se disse com representação e sòmente tinha de assistir, por ser titular do pátrio poder, tutor ou curador de relativamente incapaz, art. 235, 242, 426, I, 2.ª parte, e 453, responde pelo prejuízo decorrente da falsidade, mas já aí se trata de ato ilícito absoluto, se não sobrevém o consentimento, e o mesmo ocorre se o que falta é o assentimento do cônjuge, tutor ou curador; *aliter*, quanto ao mandatário, art. 1.305); *b*) ou porque os enunciados se

têm como verdadeiros, ainda que o não sejam (*e. g.*, se o cedente notificou o cedido, êsse procede como se tivesse havido cessão, ainda que não a tivesse havido, arts. 1.069-1.071; as comunicações ao registo público antes da retificação, anulação ou cancelamento); *c*) ou porque respondem pela prestação segundo prometeram (o enunciado de fato é *interior* à promessa), tal como é o caso da indicação das qualidades das coisas (arts. 1.101-1.106), o do representante sem poder, ou que excede os podêres (art. 1.305), do empreiteiro-vendedor de materiais (art. 1.238; não nas outras compras-e-vendas de espécie, MAX WOLFF, Sachmängel beim Kauf, *Jherings Jahrbücher*, 56, 40, e FR. HAYMANN, *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung*, 44). A tricotomia é extremamente importante. Se A notifica a B que C é o seu procurador, se não explicitou que lhe há de apresentar a procuração, há responsabilidade segundo *b*), e não segundo *a*).

8. COMUNICAÇÕES PURAS E COMUNICAÇÕES IMPURAS DE CONHECIMENTO. – Nem sempre as comunicações de conhecimento são puras. Há-as *interiores* e há-as *envolventes* de manifestações de vontade: *a*) se A pergunta a B se recebeu a mercadoria e se aceita comprá-la, na pergunta há comunicação de conhecimento (remeteu), manifestação de vontade (oferta), invertidamente, por ser usual manifestar a vontade, remeter e comunicar, razão por que é êrro dizer-se (como A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 118) que aí a comunicação tem efeitos análogos aos dos negócios jurídicos; *b*) se A comunica a B que constituíu seu procurador a C, há, de regra, outorga de procuração e comunicação; *c*) a notificação da cessão ou da assinação de dívida pelo cessionário, ou pelo que assumiu a dívida, contém oferta (K. HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, 167). A análise tem de ser feita, porque a comunicação de conhecimento, em si, não pode ser mais do que ato jurídico *stricto sensu*, ou ato ilícito, nunca negócio jurídico (sem razão, E. I. BEKKER, Sprachliches und Sachliches zum BGB., *Jherings Jahrbücher*, 49, 49 s.; G. PLANCK, *Kommentar*, IV, 4.ª ed., 724).

9. EXTERIORIZAÇÃO RECEPTÍCIA. – Quando a exteriorização de conhecimento é comunicação (exteriorização receptícia), trata-se como as manifestações de vontade negociais receptícias. Feita a ausente, adquire eficácia no momento de chegar ao destinatário, – é revogável, antes de chegar (analogia do art. 1.081, IV). Se tinha de ser feita dentro de prazo, basta a expedição (P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen in engeren Sinne*, 144, nota 63); salvo se, na espécie ou no caso, haveria de ser recebida dentro do pra-

zo, como se, nos prazos fixados por lei, ou pelos interessados, a fixação foi concebida a favor do destinatário. A comunicação do art. 1.082 e a de vícios redibitórios (dentro do prazo de preclusão) são a risco do destinatário (J. UNGER, Handeln auf fremde Gefahr, *Jherings Jahrbücher*, 33, 340). A cominação, quando é elemento do suporte fáctico da justiça de mão própria (alguma das ações do art. 302, I, IV, VI-IX, XI, do Código de Processo Civil), ou para alienação segundo os arts. 704 e 705 do Código de Processo Civil, basta a expedição (sem razão, G. PLANCK, *Kommentar*, II, 519; certo, M. SOHM, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 53, 101, e H. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, 251 s.). A "venda" do art. 774, III, 2.ª parte, *verbis* "se lha permitir expressamente o contrato", e 802, IV, é precedida de aviso.

Para os atos jurídicos *stricto sensu* da classe das exteriorizações de conhecimento são de atender-se as regras jurídicas sôbre nulidade em geral e anulabilidade por incapacidade (salvo exceção, *e. g.*, art. 155) e vícios de vontade, e sôbre representação, sendo de notar-se, todavia, que as comunicações dolosas e culposas podem dar ensejo a ato ilícito e as que têm a eficácia das subclasses *b*) e *c*) do n. 7 se tratam como os negócios jurídicos ou como os negócios jurídicos a que aludem. Naturalmente, a teoria do êrro tem de se adaptar à responsabilidade pela verdade.

10. MANIFESTAÇÕES DE SENTIMENTO. – As manifestações de sentimento exercem menor papel do que as manifestações de conhecimento, ou de ignorância, no terreno jurídico. O exemplo mais notável é o perdão, que adiante se vai estudar. Às vêzes, o sentimento é elemento de composição do suporte fáctico do ato jurídico lícito ou ilícito de outra pessoa (dor física, ou moral, como dano; injúria ao cônjuge ou adultério).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 233. A – Legislação

Os artigos do Código Civil de 1916 citados no texto têm a seguinte disciplina no Código vigente, em cada um dos casos mencionados: (a) o art. 136 do CC/1916 corresponde ao art. 212 do CC/2002; (b) os arts. 235 a 242 do CC/1916 têm o seguinte tratamento no Código Civil vigente: o art. 235, *caput*, não tem correspondência, mas seus quatro incisos são correspondentes ao art. 1.647, I, II, III e IV, do CC/2002; o art. 236 do CC/1916 corresponde ao art. 1.647, parágrafo

único, do CC/2002; o art. 237 do CC/1916 tem correspondência com o art. 1.648 do CC/2002; o art. 238 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente; o art. 239 do CC/1916 corresponde com o art. 1.650 do CC/2002; o art. 240 do CC/1916 tem correspondência com o art. 1.565 do CC/2002; os arts. 241 e 242 do CC/1916 não têm correspondência; (c) os arts. 355 a 367 do CC/1916 correspondem aos arts. 1.607 a 1.617 do CC/2002, com exceção dos arts. 363 e 364 do CC/1916 que não têm correspondência no Código vigente; (d) os arts. 423 e 435 do CC/1916 correspondem aos arts. 1.745 e 1.756 do CC/2002; (e) os arts. 426, 427 e 453 do CC/1916 aos arts. 1.747, 1.748 e 1.774 do CC/2002; (f) os arts. 603 a 606 do CC/1916 correspondem aos arts. 1.233 a 1.235 e 1.237 do CC/2002.

Os dispositivos citados do Código de Processo Civil referem-se ao Código revogado de 1939. As ações cominatórias mencionadas no art. 302 daquele Diploma legal não foram contempladas no Código de Processo Civil atual.

§ 233. B – Doutrina

Diversos são os atos descritos por Pontes de Miranda em sua classificação diante da teoria que abraça.

Não se pode negar que, em todos eles, há declaração de vontade do agente para a produção de efeitos jurídicos determinados.

De outra parte, a maioria das manifestações ou declarações de vontade, principalmente, aquelas que se processam no campo das obrigações, são receptícias, isto é, dirigem-se para produzir efeitos em relação a uma determinada pessoa ou grupo de pessoas.

Karl Larenz, em seu clássico *Tratado de direito civil alemão*, ao tratar das declarações receptícias de vontade, ensina que tais declarações devem ser interpretadas. Assim, o significado de um determinado termo empregado na manifestação de vontade pode variar segundo a forma de expressá-lo ou perante o seu uso no meio social a que pertence. Portanto, é possível que o comunicante dê a um determinado termo um sentido distinto daquele que seja entendido pelo comunicado. Daí porque, em caso de discussão sobre o seu significado, a declaração de vontade deve ser interpretada. Em termos gerais, considera-se como "interpretação" da manifestação de um pensamento a determinação do significado que a ela corresponde. Logo, a interpretação, diante dos pressupostos da declaração de vontade a interpretar-se, nem sempre é a mesma. Na maioria dos casos, o que interessa ao intérprete será conhecer aquilo que o agente quis transmitir, o significado vinculado em sua manifestação. Atualmente, é reconhecido de modo unânime pela doutrina científica e pela jurisprudência que a interpretação das declarações receptícias, deve efetuar-se em consideração da declaração. Buscar-se o significado contido na declaração, por parte do declarante. Se depois disso a declaração é ainda susceptível de várias interpretações, passa a ser ineficaz por carecer da suficiente precisão (Larenz, Karl. *Tratado de derecho civil alemán. Parte general*. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 457-459).

§ 234. ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" MANDAMENTAIS

1. CONTEÚDO DOS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" MANDAMENTAIS. – São atos jurídicos mandamentais aquêles em que o manifestante da vontade impõe ou proíbe (mandamentais positivos ou mandamentais negativos), tais como (negativos) a manifestação de vontade do marido à mulher desquitada, para que não use o seu nome, a manifestação de vontade do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário (art. 1.193), ou (positivos) para que repare o prédio (art. 1.206, parágrafo único) ou conserte o muro comum.

Os atos jurídicos mandamentais são atos jurídicos *stricto sensu*, entram na mesma classe que as interpelações, porém não se confundem com elas.

2. ESPÉCIES PARECIDAS. – Às vêzes o *aviso* (mandamental) enche-se de manifestação de vontade e pode ser negócio jurídico, e não só ato jurídico *stricto sensu*. Se o credor avisa o fiador, sem o benefício do art. 1.491, de que deve pagar a dívida (art. 1.492, I-II), tal aviso é *escolha*, nos casos do art. 1.492, I-II, simples comunicação de fato, no caso do art. 1.492, III; ali, há manifestação de vontade; aqui, não.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 234. B – Doutrina

Nessa espécie de classificação proposta por Pontes de Miranda se incluem os atos, por ele denominados de mandamentais, em que a manifestação de vontade se encontra sujeita ao que a lei proíbe ou deixa de proibir.

Aponta hipóteses em que a declaração de vontade pode ser negócio jurídico e não só um ato jurídico *stricto sensu* e, para tanto, exemplifica com o aviso.

Menciona os arts. 1.491 e 1.492, I, II e III, do CC/1916. O art. 1.491 corresponde ao art. 827 do CC/2002 com a seguinte redação: "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito de exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor". O art. 1.492 tem correspondência com o art. 828 do CC/2002: "Não aproveita este benefício ao fiador: I – se ele o renunciou expressamente; II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário; III – se o devedor for falido".

§ 235. ANÁLISE DE ALGUNS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" E DE ESPÉCIES ESTRANHAS A ÊLES

1. ANÚNCIO COM CONTEÚDO DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. – Há *anúncio volitivo*, se apenas se comunica vontade. Se o tempo em que se deva prestar não foi determinado, ou se o devedor se pode liberar antes do tempo marcado, o credor que, no momento, não pode receber, não incorre em mora, salvo se o devedor anunciou a sua vontade de prestar antes. Discute-se se há, aí, anúncio volitivo (Ankündigung), portanto simples comunicação de vontade (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726; P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 46), ou comunicação de conhecimento de fato futuro (J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 116; P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 205). É preciso atender-se ao conteúdo da comunicação, pois *a*) se A comunica a B que as coisas vendidas a B chegarão à estação, ou ao cais, ou à casa de B, onde estarão à disposição de B, há comunicação de fato *mais* comunicação de vontade (que *não* pode mudar até lá); *b*) se A comunica a B que lhe deseja prestar no dia 5, há comunicação de vontade (que pode mudar) e por isso não é, ainda, prestação. Note-se que, na espécie *a*), há comunicação de vontade, *mais* comunicação de conhecimento; na espécie *b*), comunicação de conhecimento de vontade futura.

2. INTERPELAÇÃO. – A interpelação, que é comunicação de vontade, fôra tida por F. REGELSBERGER (*Pandekten*, 542), B. MATTHIASS (*Lehrbuch*, I, 359), C. CROME (*System*, I, 391, e II, 137), H. NEUMANN (*Handsausgabe*, I, 249), GOLDMANN-LILIENTHAL (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 342), R. LEONHARD (*Allgemeiner Teil*, 253, 261 e 263, nota 3), H. REHBEIN (*Das Bürgerliche Gesetzbuch*, I, 101, e II, 119), OTTO GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, I, 284), E. ZITELMANN (*Internationales Privatrecht*, II, 380), J. BREIT (*Die Geschäftsfähigkeit*, 141 s.), H. DE CLAPARÈDE (*Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge*, 86), MAX MEYER (*Die Mahnung*, 13) e O. WARNEYER, (*Kommentar*, I, 505) e outros, como negócio jurídico. Mas a ciência mostrou que não é negócio jurídico (E. HÖLDER, *Pandekten*, I, 210; A. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, 94 s., *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 725 s.; J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, 150, 5376; J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, 115; P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 192 s.; TH. KIPP, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgäbe für* R. KOCH, 120; P. OERTMANN, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 131; F. PAECH, *Der Leistungsverzug*, 47 s.; L. RO-

SENBERG, *Stellvertretung im Prozess*, 53; P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 163 nota 175; G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 90, e *Kommentar*, II, 4.ª ed., 262 s.; J. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, I, 139 s.; G. KRICHAUFF, *Über die Erfordernisse*, 13; HÜNNEBECK, *Die Mahnung*, 5 s.).

A interpelação tem por fim prevenir ao devedor de que a prestação *deve* ser feita. Fixa êsse ponto, se já não foi fixado; se já foi fixado, a interpelação é supérflua, porque o seu efeito mais importante, a mora, se produziu antes dela, *ipso iure*. Se a interpelação não alude à exigência de prestação, isto é, à obrigação de prestar, falha ao seu fim. Idem, se de qualquer modo tenta alterar o conteúdo da obrigação, porque seria alterá-lo unilateralmente (MAX MEYER, *Die Mahnung*, 2); ou se em qualquer circunstância não é feita ao devedor. Se a interpretação, que o credor deu, não foi a verdadeira, expôs-se a não ter eficácia a interpelação; se foi, o que depende, pràticamente, do que se venha a decidir, a interpelação serviu a precisar o conteúdo da obrigação.

O absolutamente incapaz não pode, válidamente, interpelar, nem ser eficazmente interpelado. Aquela interpelação é nula; essa, ineficaz. Quanto ao relativamente incapaz, a interpelação, sem assistência do titular do pátrio poder, tutor, ou curador, se para o exercício da pretensão ela é necessária, tem eficácia, porque só êle ou o que deveria assistir pode alegar a anulabilidade. A interpelação do relativamente incapaz é eficaz, porém êle ou a pessoa que deveria assistir pode pedir a anulação. A solução é diferente da que se dá noutros sistemas jurídicos.

A interpelação é o ato pelo qual o credor exige ao devedor a prestação. O interpelante quer exercer o seu direito; mas precisa manifestar (ou lhe parece aconselhável manifestar) a vontade interpelativa. Há manifestação de vontade; por ela o credor comunica que deseja fazer efetivo (= exercer) o seu direito. Na investigação da natureza do instituto, aduziu-se que não é negócio jurídico, porque, com a interpelação, não se cria, nem se modifica, nem se extingue estado jurídico (*e. g.*, A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, 108, nota 28). Que é estado jurídico? Se a interpelação nada extingue, nem muda, nem cria, ¿para que, então, se manifesta a vontade? Também foi dito que os efeitos são fácticos (tatsächliche Erfolg), e não *jurídicos* (Rechtswirkung), porque o devedor pode não tomar em consideração a interpelação. Sim, quanto a essa atitude eventual do devedor; todavia, a lei dá eficácia jurídica à interpelação, *ainda* se o devedor não atende a ela. Mais: foi advertido que tal eficácia jurídica se produz se o credor mesmo não a

conhece, ou não na quer (a produção de juros opera-se, com a mora, ainda que o credor não no queira). Aí, é a confusão, vulgar nos juristas e sempre por nós combatida, entre a escolha da *categoria jurídica* de que pode dispor o agente e a escolha dos *efeitos*. Quem interpela *quer* a interpelação; quem compra escolhe entre categorias jurídicas, à sua disposição; não *quer* os efeitos da interpelação ou da compra-e-venda, senão porque quer aquela ou escolheu essa. Poderia ter trocado ou adquirido associando-se.

Onde é possível mora do devedor é possível interpelação (H. DE CLAPAREDE, *Beiträge*, 93; F. PAECH, *Der Leistungsverzug*, 50). Por isso mesmo, a discussão sôbre apenas ser instituto do direito das obrigações é de afastar-se desde logo, porque em outros ramos do direito é de empregar-se (C. O. VON MADAI, *Die Lehre von der Mora*, 179; K. F. F. KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, I, 73; FR. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, 75; H. BETTMANN, *Die Mahnung*, 16), inclusive no direito público.

Para bem discutirmos o problema da classificação da interpelação, temos de afastar aquelas *interpelações impuras*, em que há interpelação *mais* exercício de direito formativo modificativo, de modo que, então, há, evidentemente, negócio jurídico, como ocorre com a manifestação de vontade, comunicada pelo que tem pretensão à indenização, de que receberá *x*, em vez do que é devido (líquido, liquidado, ou ilíquido), e dará quitação, se prestado *x* até certo dia, ou com a declaração de vontade que se haja feito antes de se pedir a resolução por inadimplemento. Ambas dão ensejo a *negócios jurídicos de determinação de prazo*, negócios jurídicos inconfundíveis com aquêles a que elas se referem. Não é preciso que a determinação seja pelo calendário; basta qualquer outro meio de determinação. Inclusive pode ter sido previsto no negócio jurídico a que alude.

3. AS INTERPELAÇÕES DO ART. 960, PARÁGRAFO ÚNICO, E DO ART. 1.166. – *a*) A interpelação do art. 960, parágrafo único, bastante em si ou contida em notificação ou protesto, é manifestação de vontade em que o manifestante usou de categoria jurídica, que não é negócio jurídico. *b*) Na mesma classe está a interpelação do art. 1.166, porque só comunica; aceitação é resposta positiva à doação, em vez de ser negativa; a comunicação tomar-se-ia desnecessária se chegasse, antes, a resposta. Nem sequer poderia o doador acrescentar que teria como recusada a doação, não vindo a resposta; êsse acréscimo seria não-escrito (= inexistente), e a eficácia da interpelação seria a que lhe atribui, cogentemente, a lei (art. 1.166, 2.ª parte: "Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro nêle, a

declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não fôr sujeita a encargo"): a comunicação entra no mundo jurídico, como ato jurídico *stricto sensu*, e os efeitos são legais. Porém o serem legais os efeitos não basta para mostrar que a interpelação não é negócio jurídico; há negócios jurídicos com efeitos legais. Não é negócio jurídico, porque não estabelece vinculação específica do interpelante; nem, é claro, para produzir fato jurídico, precisa de aceitação do interpelado. Noutros têrmos, não é negócio jurídico unilateral, nem, *a fortiori*, bilateral, *c*) A interpelação edital, para que credores se apresentem a inventário, ou à liquidação de sociedade, ou a concurso de credores, não é negócio jurídico, e os efeitos são apenas os da comunicação. Resta saber se a inserção da cláusula de não ser mais responsável o herdeiro, ou o sócio, pela dívida, torna negócio jurídico tal interpelação. Porém a questão logo suscita outra, prejudicial: ¿é possível tornar-se negócio jurídico, com eficácia de extinção de direitos, pretensões, ações e exceções, a interpelação edital ou a pessoal? É o problema da negocialização do ato jurídico *stricto sensu*, que se resolve pela negativa, se não há, da parte do interpelante, direito formativo, seja criador, seja modificativo, ou seja extintivo.

Quando não se escolhe categoria jurídica como fim, mas se emprega manifestação de vontade para que se influa na conduta de outrem, não há negócio jurídico, mas interpelação, que é ato jurídico *stricto sensu*. Influi-se na conduta de outrem; não se determina a sua conduta. Pode não atender a ela; ela + o desatendimento é que produzem tais ou tais efeitos, dos quais o mais freqüente é a constituição do devedor em mora. Não há irradiação da eficácia *desde* a categoria jurídica; e sim *desde* a conduta do interpelado. Certas interpelações para manifestar se aceita, ou não, certas interpelações para ratificar, ou não, certas interpelações para que escolha, ou não, entram na mesma classe.

O assentimento aos negócios jurídicos anuláveis por falta do assentimento de alguém que não é figurante, feita por êsse, é negócio jurídico (arg. ao art. 148). O assistente do relativamente incapaz, ou o marido, a respeito de atos da mulher, a que teria de assentir, ou a mulher, a respeito de atos do marido, a que teria de assentir, assente: não presta assentimento a negócio jurídico nôvo; não há ratificação (nesse sentido!) de negócio jurídico que não existe, ou seja nulo: é preciso que exista e não seja nulo o negócio jurídico, para que nêle se assinta; e nem todos os negócios jurídicos são ratificáveis; de regra, só o são os negócios jurídicos anuláveis. Diz o art. 148: "O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito

de terceiro. A ratificação retroage à data do ato". Assim, a ratificação pelo figurante, *e. g.*, em caso de dolo, violência ou êrro, e a ratificação pelo que devia assentir e não assentiu, são negócios jurídicos: não são atos jurídicos *stricto sensu.*

4. REMISSÃO DE DÍVIDA. – Discute-se se a remissão de dívida (arts. 1.053-1.055) é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu.* Em verdade, porém, no suporte fáctico da remissão, ainda quando se trate de simples "entrega voluntária do escrito particular" (art. 1.053), há manifestação de vontade *negocial*, inconfundível com o que se passa com o perdão (*e. g.*, art. 319, II, e parágrafo único) e com a restituição da coisa empenhada sem ser dirigida à extinção do penhor (art. 803; cf. 1.054).

5. PERTINENCIALIZAÇÃO E DESTINAÇÃO DE PRÉDIO. – O ato pelo qual a coisa se destina ao fim econômico de outro, resultando disso ser a sua *pertença*, bem como a mudança de destinação do prédio, não é manifestação de vontade, ainda não bastante em si, é *ato-fato jurídico.*

6. FATOS JURÍDICOS CONCERNENTES AO CASAMENTO. – A convivência em casamento nulo, de que não foi decretada a nulidade, é *ato-fato jurídico* (cf. P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 77). O restabelecimento da sociedade conjugal (art. 323) é negócio jurídico (E. SECKEL, *Die Aufhebung und die Wiederherrstellung*, 33 s.; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, II, III, nota 53, e 233, nota 120; sem razão, P. KLEIN, 83 s.; G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, 339, e IV, 4.ª ed., 420, que o tinham por ato jurídico *stricto sensu*; e absurdo, A. BEHR, Zwei Streitfragen, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25, 41, que pensara em ato-fato jurídico; certo, TH. OLSHAUSEN, Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, *Archiv*, 23, 153; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, 8.ª-9.ª ed., 287, mudou de opinião, pois fôra o causador da errônia de A. BEHR e de outros). No direito brasileiro, não se exige o *fato* do restabelecimento. Não assim, tratando-se do art. 341, porque aí há simples ato-fato jurídico.

Quando o ato em estado de necessidade acarreta dever de reparação (arts. 1.519 e 1.520), isso se dá porque entrou êle no mundo jurídico como ato-fato jurídico, e não como ato ilícito, ou ato jurídico *stricto iuris.*

7. REGRAS JURÍDICAS COMUNS AOS ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU" E AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. – Em princípio, as regras jurídicas sôbre negó-

cios jurídicos incidem sôbre os atos jurídicos *stricto iuris*: quanto à capacidade, quanto à representação, quanto aos defeitos de vontade, às causas de nulidade e anulabilidade e à própria perfeição (P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen im engeren Sine*, 165 s.). Mas o assunto requer trato à parte.

8. DISCUSSÃO A RESPEITO DAS COMINAÇÕES. – As cominações foram consideradas por J. BIERMANN (*Bürgerliches Recht*, I, 116) e A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, II, 116, nota 82) comunicações de conhecimento; como negócio jurídico, por G. PLANCK (*Kommentar*, II, *1*, 307) e P. OERTMANN (*Recht der Schuldverhältnisse*, 3.ª-4.ª ed., 152: "Erklärung"); comunicações de vontade, por P. ELTZBACHER (*Die Handlungsfähigkeit*, 183 s.), A. MANIGK (*Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726) e P. KLEIN (*Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 29). O problema não pode ser pôsto em têrmos tão ríspidos. Há sempre elemento vontade, porém nem sempre prepondera; se êsse elemento se dilui, a ponto de quase só existir aviso de fato futuro *a*, com a alternativa *b*, tal como acontece com os arts. 704 e 705 do Código de Processo Civil, sòmente se pode pensar em comunicação de conhecimento, em cumprimento de dever de avisar. Assim, aí, e apenas aí, se pode dar razão a J. BLERMANN e A. VON TUHR.

Em verdade, a ciência não estudara a fundo as cominações. Nelas, há sempre comunicação de conhecimento de fato futuro, mas êsse fato pode ser efeito legal, e então não há pensar-se em comunicação de conhecimento, e sim em comunicação de vontade e provável ato futuro de que resultará o efeito legal. Se analisamos as espécies principais, abstraindo do ato inicial do juiz (que é declaração de vontade), poderemos clarear o complexíssimo assunto.

No Código Civil, art. 1.499, diz-se: "O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança, desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo". O fiador pode *querer* isso, ou *não* no *querer*. Se o quer (Código de Processo Civil, art. 302, I), comunica a sua vontade. Comunicando-a, *ou* o devedor satisfaz a obrigação, *ou* o exonera. São efeitos legais. Ou *a*, ou não-*a*, e então *b*, sendo *b* efeito legal. Nenhuma preponderância do elemento comunicação de conhecimento (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, *1*, 89 s.).

A *provocatio ad agendum* do art. 302, II, do Código de Processo Civil ("Ao fiador, para que o credor acione o devedor") é de direito processual: ou o credor aciona, ou de não-*a* resulta a pena cominada. Tudo se passa

como conseqüência da comunicação de vontade que no art. 302, II, se permitiu ao fiador.

A *provocatio ad probandum* do art. 302, III, do Código de Processo Civil ("Ao deserdado, para que o herdeiro instituído, ou aquêle a quem aproveite a deserdação, prove o fundamento dessa") tem a estrutura de provocatória, em que o autor se põe na atitude de quem nega a razão da sua deserdação e coloca o herdeiro instituído (ou os legatários, Código Civil, art. 1.769) na posição de quem é trazido a juízo, apenas degradada em *provocatio ad probandum* a *provocatio ad agendum*, ainda intacta no art. 302, II, do Código de Processo Civil (*Comentários*, III, *1*, 103). O autor *quer* que venha à prova o réu; o réu ou vem, ou sofre a conseqüência da não-prova, pois que foi provocado. Não há comunicação de conhecimento preponderante; mas comunicação de vontade.

Na espécie do Código de Processo Civil, art. 302, IV ("Ao credor, para obter o refôrço ou substituição de garantia fidejussória ou real"), o Código Civil (arts. 954, II, 702, I-IV, e 1.490) prevê o reforçamento, ou a substituição, sem o quê a dívida se torna exigível antes de expirado o prazo. O credor é livre de *querer*, ou *não*, o refôrço ou substituição. Se quer aquêle, ou essa, pede a cominação. A sentença favorável aplica a pena, que está na lei. Na espécie do Código de Processo Civil, art. 302, V ("A quem tiver direito de exigir prestação de contas ou fôr obrigado a prestá-las"), há o exercício da pretensão a que outrem preste contas, *mais* a cominação, que o autor, a seu líbito, pediu. Também o locador, na espécie do Código de Processo Civil, art. 302, VI, por haver reparações urgentes a serem feitas no prédio (Código Civil, arts. 1.205 e 1.207), se o locatário ainda não consentiu, pede a cominação, para que consinta nas reparações, ou incida a pena. A comunicação de vontade existe e a comunicação de conhecimento, quanto às reparações, é apenas a razão de ser feita aquela. Ao proprietário ou inquilino do prédio, na espécie do art. 302, VII, do Código de Processo Civil, cabe a cominação para impedir que o mau uso da propriedade vizinha prejudique a segurança, o sossêgo e a saúde dos que o habitam (Código Civil, art. 555). Trata-se de manifestação de vontade; não só se faz comunicação sôbre fato futuro, ameaça-se para o caso de ocorrer o fato. Diga-se o mesmo quanto às espécies do art. 302, VIII: "Ao proprietário, inclusive o de apartamento..., para exigir do dono do prédio vizinho, ou do condômino, demolição, reparação, ou caução pelo dano iminente"; IX: "Ao proprietário de apartamento... para impedir que o condômino transgrida as proibições legais". Quanto à espécie do art. 302, X ("À União e ao Esta-

do" – incluam-se o Distrito Federal, o Território e o Município – "para que o titular do direito de propriedade literária, científica ou artística, reedite a obra, sob pena de desapropriação"), há, nela, manifestação de vontade: quer-se *a*; ou a pena *b*, se não-*a*. Na espécie do art. 302, XI ("À União, ao Estado ou ao Município" – e acrescente-se: ao Território – "para pedir: *a*) a suspensão ou demolição de obra que contravenha a lei, regulamento ou postura; *b*) a obstrução de valas, ou escavações, a destruição de plantações, a interdição de prédios e, em geral, a cessação do uso nocivo da propriedade, quando o exija a saúde, segurança ou outro interêsse público"), há, evidentemente, manifestação de vontade, por parte da administração. Na espécie do art. 302, XII ("Em geral, a quem, por lei ou convenção, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo"), ressalta que se quer a abstenção, ou o fato futuro; não só se faz comunicação de conhecimento.

A espécie relativa ao devedor, que há de restituir imóvel e comunica que o vai deixar em dia certo, é menos simples; todavia, ainda não se diz que se deixa à disposição de B o imóvel, que o poderá ocupar no dia tal (*aliter*, se houvesse dito, em carta a C, empregado, que entregasse o imóvel no dia tal), porém que se irá "querer" (P. KLEIN, Zurücknahme von "Willensmitteilungen", *Archiv*, 33, 249, nota 10). Na espécie dos arts. 704 e 705 do Código de Processo Civil, há comunicação de conhecimento e o efeito é todo oriundo das regras legais, de modo que não há, verdadeiramente, ameaça.

9. NATUREZA DAS APRESENTAÇÕES. – As *apresentações de créditos* ou *de objetos para efeitos legais* ou *queridos*, as *de documentos a serem registados*, etc. (Anmeldungen), são comunicações de vontade, são cobranças, são exigências, são atos com a vontade de registar, para que a eficácia contra terceiros, ou a criação do direito real se dê, ou, ainda, para que o ato (o que é excepcional) entre no mundo jurídico. Não se pode pensar em comunicação de conhecimento: quer-se, não se sabe que vai ser incluído o crédito, ou feito o registo. Nem, tão-pouco, em negócio jurídico. Quem apresenta modêlo, marca de fábrica, ou invenção, ou apresenta crédito em concurso, manifesta vontade (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 193 s.; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726; P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 29), como quem leva a registo documento, inclusive de sociedades e fundações (E. HÖLDER, *Kommentar zum Allgemeiner Teil*, 174), ou atende, com a alegação do seu direito, a edital (KARL

GAREIS, *Der Allgemeine Teil*, 107), pôsto que declare vontade, se exerce, apresentando, a sua pretensão à tutela jurídica (pedido de criação de relação jurídica processual).

10. PROVOCAÇÕES E CONVITES. – As provocações e convites (*invitationes*), se entram no mundo jurídico, fazem-se atos jurídicos *stricto sensu*: comunicações de vontade é que são elas. Às vêzes, editais; outras vêzes, em missivas, por telegramas, cartas, telefones, ou gestos. Os juristas alemães chamam-nas *Aufforderungen* (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 188 s.; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726 s.). Se o que tratou com o relativamente incapaz, ou com o que se diz procurador ou gestor, se comunica com o pai, tutor, ou curador, ou dono do negócio, sôbre o seu assentimento, provoca: o seu ato é comunicação de vontade, e não negócio jurídico, nem comunicação de conhecimento. Quando E. RIEZLER (*J. v. Staudingers Kommentar*, 3.ª-4.ª ed., I, 349 e 550) considerou essa inquirição negócio jurídico (declaração unilateral de vontade, aformal e receptícia), errou; apenas *quer* o provocante que outrem faça declaração de vontade: assentindo, ou não assentindo (cf. P. KLEIN, Zurücknahme von "Willensmitteilungen", *Archiv*, 33, 249, nota 14). Também as provocações nos casos do Código Civil, arts. 875, 884, 541, 683 e 686 e do Código de Processo Civil, arts. 311 e 410 são comunicações de vontade. No caso de prestação, que depende de algum ato do credor, a provocação dêsse pelo devedor, não satisfeita, o põe em mora de receber. Não se trata de negócio jurídico, mas de comunicação de vontade (até a 3.ª ed., erradamente, G. PLANCK; depois, na 4.ª ed., II, *1*, 297, certo, como P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 184; e P. KLEIN, *Die Rechtshändlungen im engeren Sinne*, 163, nota 182), portanto ato jurídico *stricto sensu*. No caso de cessão de dívida, se o devedor ou o terceiro provoca o credor a aprovar, ou não, a cessão feita, o ato do devedor, ou do terceiro, é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto sensu*, e não negócio jurídico (P. KLEIN, Zurücknahme von "Willensmitteilungen, *Archiv*, 33, 250 s.). Se o adquirente provoca o que deveria ter assentido ou consentido na alienação, há comunicação de vontade, e não negócio jurídico; bem assim, se, tendo o adquirente aludido a vício da coisa, ou o dono da obra a vício dessa, o alienante, ou o empreiteiro, o provoca a que escolha entre aceitar, dizer qual o abatimento, que quer, e a rescisão do contrato comutativo: a provocação é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto sensu*, não negócio jurídico. A provocação para que o donatário diga se aceita, ou não, a doação, é comunicação de vontade, e não negócio jurídico; bem assim: a do possuidor do

art. 516 (não a do possuidor do art. 517) para que o proprietário restituendo aprove as despesas, ou as impugne, ou vá a juízo, tendo-se como aprovadas pelo silêncio do provocado; a provocação do que pode *denunciar* contrato (*e. g.*, arts. 1.209 e 1.197); a do marido, ou da mulher, ao outro cônjuge, para que diga se assente, ou não, ou se ratifica, ou não, ato que o provocante praticou; a do marido à mulher, para que contribua para as despesas do casal (art. 277); a provocação de herdeiros e legatários ou beneficiados por encargo; a provocação dos credores da herança; a do herdeiro gravado ao legatário, ou do legatário ao beneficiado pelo encargo.

11. Avisos VOLITIVOS. – Há *avisos* cheios de vontade, que não podem ser considerados comunicações de conhecimento, – são comunicações de vontade: *a*) Se alguém se encarrega de certos negócios, pùblicamente, como pagar impostos, tratar de registos, ou de obtenção de patentes, procurar mercadorias, ou efetuar despachos, ou requerer em repartições públicas, tem, desde que recebe encargo dessa natureza e lhe não convém, de *avisar* de que não o aceita; idem, aquêle que, não exercendo, ou exercendo, pùblicamente, a profissão, se ofereceu a tratar do negócio (P. KLEIN, *Anzeigepflicht*, 47): e tal aviso é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto sensu*. (O mandatário que, diante de circunstâncias que o mandante desconhece, entende que êsse mudaria as instruções, se conhecesse as circunstâncias, tem o dever de avisar, antes de atuar, e de aguardar respostas, se não há perigo na demora. Êsse aviso não é comunicação de vontade. Sem razão, P. KLEIN, Zurücknahme von "Willensmitteilungen", *Archiv*, 33, 251, a propósito do § 665, 2.ª parte, do Código Civil alemão. É comunicação de conhecimento. E o mesmo ocorre com o dever do depositário quanto ao modo da guarda, a respeito do qual P. KLEIN também errou.) *b*) Se o assinado recusa, antes da época fixada para a prestação, de aceitar a assinação, ou se se recusa a prestar, deve avisar o assinante: êsse aviso não é negócio jurídico, é comunicação de vontade, ato jurídico *stricto sensu*. *c*) No direito brasileiro, o credor caucionado pode receber os juros dos títulos caucionados (arg. aos arts. 792, IV, e 793); se não foram excluídos os juros e o devedor caucionante incorre em mora, o credor caucionante pode *avisar* o devedor caucionante de que os vai receber e pagar-se até à concorrência da quantia: tal aviso é comunicação de vontade (P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 47 e 62). Consideraram A. MANIGK (*Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726) e P. KLEIN (Zurücknahme von "Willensmitteilungen", *Archiv*, 33, 250) comunicação de vontade a infor-

mação de tempo e lugar ao executado, ou dono da coisa empenhada, posta em hasta pública; porém sem razão.

12. DECLARAÇÕES DE VONTADE ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – Há *comunicações de vontade* claras (*declaradas*), que não se tornam, por isso só, negociais: *a*) o lesado que comunica ao ofensor que aceitaria o consêrto, ou a substituição da coisa, mas, recusando-se o ofensor, só admite indenização, comunica vontade, não negocial (ainda se há coisa julgada); *b*) o devedor que oferece a prestação ao credor, e êsse recusa, sòmente comunica vontade; *c*) se o credor fixa prazo ao devedor em mora, para pagar, sob pena de não mais aceitar a prestação, e pedir perdas e danos, apenas comunica vontade; *d*) se o credor declara que quer a pena convencional alternativa (art. 918), comunicou vontade, o seu ato é ato jurídico *stricto sensu*, e não pode mais pedir a execução; *e*) se ao empreiteiro o dono da obra declara que, passado certo prazo para que aquêle corrija o defeito, não mais aceitaria a correção, comunica vontade; *f*) se, para o início, continuação, ou terminação da empreitada, é preciso algum ato do dono da obra, pode o empreiteiro declarar que dá o prazo de tanto tempo ao dono da obra para praticar o ato necessário, findo o qual, se o dono da obra não atender, terá como denunciado o contrato, e tal declaração é comunicação de vontade.

13. PEDIDOS-EXIGÊNCIAS (CERTIDÕES, ATESTADOS, VIAS, AVISOS E INFORMAÇÕES, INVENTÁRIOS). – Os pedidos-exigências são: *a*) de *certidões* dos livros de registo (isto é, quando é dever do oficial de registo passar tais certidões ao que as pede); *b*) de *atestados* pelo que tem dever de atestar, *e. g.*, o médico assistente; *c*) de *via* de negócio jurídico que, a pedido de alguém, ou por praxe, ou convenção, se tem de remeter ou entregar (*e. g.*, se ao cedente o cessionário pede a via, autenticada, ou não, da cessão); *d*) de *avisos* e *informações*, *e. g.*, se o adquirente ou dono da obra dá instruções para que o alienante ou empreiteiro remeta a coisa para lugar diferente daquele que fôra designado para a entrega; se o mandante ou dono do negócio pede informações ou avisos ao mandatário ou gestor de negócio; *e*) de *inventário*, quando há dever de fazê-lo (*e. g.*, art. 1.734, parágrafo único, e pedido do usufrutuário, usuário ou habitante ao dono do prédio); *f*) de *estado de bens* (*e. g.*, arts. 1.207 e 1.215); *g*) de *estado de obras* ou *serviços*.

14. OPOSIÇÕES, ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – A oposição que faz *a*) o devedor a que terceiro pague a dívida (arts. 930 e 932) é comuni-

cação de vontade (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 194 s.; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726 e 729; sem razão, O. FISCHER e W. HENLE, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 5.ª ed., 49). Outrossim: *b*) a oposição do credor do art. 776 (penhor legal), oposição a que o devedor retire os bens móveis (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 726 e 727); *c*) a de um dos gerentes, ou sócios, se a concordância de todos é exigida pelo contrato (A. MANIGK, 726), ou dos que não estavam presentes, se a maioria devia decidir e não na houve; *d*) a oposição a novos talões de cupões (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 195); *e*) a oposição a obras do vizinho.

15. RECUSAS, ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – As recusas são comunicações de vontade, desde que não sejam negócios jurídicos, o que é raro ocorrer: *a*) a recusa do credor a receber a prestação, se está prescrita a pretensão; *b*) a recusa do devedor a prestar, se está prescrita a obrigação; *c*) a recusa do devedor com direito de retenção (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 731); *d*) a recusa do art. 1.092, 1.ª alínea (recusa a prestar, se o outro contraente não prestou); *e*) a recusa do art. 1.092, 2.ª alínea, se sobreveio diminuição do patrimônio do outro contraente; *f*) a recusa do donatário a cumprir a doação, se sobreveio circunstância a que se refere o art. 1.175 ou 1.176; *g*) a recusa do pagamento da recompensa, se há dois ou mais de dois recompensados com o mesmo prêmio, e ainda não acordaram em qual dêles há de receber, ou se houver discussão sôbre a partilha (art. 1.515, nosso *Da Promessa de Recompensa*, 237 s.), ou se há herdeiros do recompensado e ainda não se abriu inventário; *h*) a recusa do fiador se o credor, tendo acionado o devedor, não o conseguiu (exceção do benefício da discussão); *i*) a recusa daquele a quem foi pedida ou ordenada a exibição, se há grave perigo, ou grande despesa, enquanto não se dá caução pelos riscos ou despesas; *j*) a recusa ao que adquiriu por ato ilícito absoluto crédito contra alguém, salvo se já prescrita a ação de anulação, sem existir a de nulidade (diferente, o Código Civil alemão, § 853); *k*) a recusa do possuidor imediato a restituir a coisa, se tem direito oriundo do proprietário, ou oriundo do possuidor mediato, com direito a possuí-la e a dar a imediata; *l*) a recusa do possuidor com direito de retenção (art. 516, 2.ª parte); *m*) a recusa ao restabelecimento da sociedade conjugal, quando há razão para isso; *n*) a recusa do herdeiro ou inventariante a pagar dívidas do espólio, se o que resta dos bens tornaria sem execução possível bens privilegiados; *o*) a recusa de pagar dívidas que excedem as fôrças da herança.

16. RECLAMAÇÕES, ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – As reclamações (advertências reclamativas, *Abmahnungen*), são comunicações de vontade (TH. KIPP, Rechtswahrnehmung und Reurecht, *Festgabe für* R. KOCH, 119-124): *a*) se o que tem uso, ou habitação real, ou o locatário faz mau uso da propriedade (art. 1.193), e o proprietário ou locador não vai até à cominação do art. 302, XII, satisfazendo-se com a reclamação; *b*) se o comuneiro do edifício de apartamento reclama contra o mau uso da propriedade comum; *c*) se o proprietário, ou locatário, reclama contra o dono, ou locatário do prédio, ou apartamento vizinho, contra o mau uso da propriedade vizinha ou divisa; *d*) se o credor causa algum dano ao objeto empenhado, ou em anticrese, ou em uso, ou em uso e fruto, e o proprietário reclama.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 235. A – Legislação

Os dispositivos citados do Código de Processo Civil referem-se ao Código revogado de 1939 e, mais uma vez, cumpre acentuar que as ações cominatórias previstas no art. 302 do CPC/1939 não estão contempladas no Código de Processo Civil vigente.

§ 235. B – Doutrina

Pontes de Miranda se atém ao "anúncio volitivo" em que se comunica a vontade, como ocorre com a interpelação.

A interpelação é meio usado para prevenir ao devedor que a prestação deve ser feita. Assume importância relevante na constituição em mora do devedor (art. 397, parágrafo único, do CC/2002).

A interpelação como medida judicial vem disciplinada nos arts. 867 a 873 do CPC.

Sobre a inexecução do encargo na doação onerosa, "o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida" (art. 562, parte final, do CC/2002).

O art. 950, parágrafo único, do CC/1916 corresponde ao art. 327, parágrafo único, do CC/2002, enquanto o art. 1.166 do CC/1916 corresponde ao art. 539 do CC/2002.

Sobre a remissão da dívida (arts. 386 e 387 do CC/2002) Pontes de Miranda entende existir vontade negocial.

Ao tratar da discussão a respeito das comunicações, Pontes de Miranda se refere ao art. 302 do CPC/1939, que tratava das ações cominatórias. Como exposto, anteriormente, as ações cominatórias não foram contempladas no Código de Processo Civil em vigor.

§ 236. REVOGAÇÃO DE COMUNICAÇÕES DE VONTADE

1. REVOGAÇÃO PRÉ-EXCLUDENTE. – Antes de tudo, têm-se de excluir da análise as espécies em que a revogação chega no momento mesmo ou antes da comunicação de vontade (remeteu carta e logo outra, revogando, ou telegrafou, ou telefonou, revogando; telefonou, ou telegrafou, e telegrafou após, ou telefonou, revogando). Outrossim, aquêles casos em que houve êrro, ou em que chega ao mesmo tempo, ou antes da comunicação de vontade, a retificação do êrro, com exclusão de parte ou de tôda a comunicação de vontade. O que manifestou mas, simultâneamente, ou antes da chegada, comunica que houve coação, dolo, ou simulação, não comunicou; tal como acontece em caso de êrro retificado simultâneamente ou antes. A chegada da retificação após a chegada da comunicação é inoperante.

2. COMUNICAÇÕES DE VONTADE JÁ RECEBIDAS. – Há casos em que o comunicante pode unilateralmente revogar, mediante nova comunicação de vontade, ou negócio jurídico unilateral, a comunicação de vontade já recebida. *a*) *O anúncio volitivo* é revogável, porque só se anuncia vontade futura, mas os danos causados àquele a quem se fêz a comunicação têm de ser ressarcidos (cf. P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 62). *b*) As *cominações* são revogáveis, com o dever, para o revogante, de ressarcir, e tal revogabilidade resulta de que as cominações não operam no conteúdo das obrigações, nem a revogação o altera. *c*) *A interpelação* não é revogável, os seus efeitos podem ser excluídos por negócio jurídico bilateral (negócio jurídico de modificação obrigacional), como pode ser purgada a mora, ou só excluída para o futuro a eficácia da interpelação (negócio jurídico de dilatação, *Stundungsgeschäft*, *Stundungsvertrag*), ou, a despeito da convenção entre credor e devedor, persistir a eficácia da interpelação no futuro, só se privando o credor da propositura da ação (TH. KIPP, Rechtswahrnehrnung und Reurecht, *Festgabe* R. KOCH, 123); e a pretensa revogação da interpelação sòmente se pode conceber como oferta de contrato de modificação ou de dilatação, pois a renún-

cia do credor a seus direitos, no passado e no futuro, sòmente purga a mora (art. 959, III). *d*) As *apresentações-comunicações de vontade*, ou apresentações de conteúdo volitivo, são revogáveis até o registo, se para isso foram feitas, até a terminação do concurso de credores, tratando-se de créditos, ou até a decisão no juízo do inventário, com fôrça de coisa julgada, sem necessidade de concordância dos outros credores (K. V. WILMOWSKI, *Reichskonkursordnung*, 6.ª ed., 395), ou do inventariante ou dos herdeiros (o art. 181, do Código de Processo Civil não é invocável, salvo em se tratando de ações – não justificações – do art. 570 do Código de Processo Civil, ou das ações do art. 99 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945). *e*) As *provocações* são revogáveis, por meio de novas comunicações de vontade, até que o provocado tenha apresentado (provocação à apresentação + comunicação de vontade), *e. g.*, levado a registo; ou apresentação + comunicação de conhecimento, ou até que o provocado tenha declarado, comunicado, exigido, acionado, excetuado, aceito, recusado, escolhido, dado outra garantia, ou praticado o ato (cf. P. KLEIN, Zurücknahme von "Willensmitteilungen", *Archiv*, 33, 264 s.). *e*) Os *avisos* cheios de vontade são revogáveis (o aviso de que vai pôr à venda os bens deteriorados, ou a venda mesma), ou são revogáveis no futuro (avisos públicos de que se encarrega de negócios como procurador, despachante, etc.), ou irrevogáveis (aviso do assinatário de que não quer prevalecer-se da assinação). *f*) As *comunicações declaradas*, como a do credor pelas reparações e consertos, para que, no prazo, o devedor repare ou conserte, até a expiração do prazo, são revogáveis, mas outro prazo é possível, bem assim a do credor, que "declarou" que não aceitava a prestação (cf. art. 959, II), se o devedor ainda não a ofereceu, sequer verbalmente (se já oferecera, tem-se de pensar em purga da mora), mas é irrevogável a escolha do art. 918. *g*) Os *pedidos-exigências* são revogáveis até que o exigido haja satisfeito o que se lhe exigiu. *h*) As *oposições* são revogáveis, e novas oposições permitidas, constituindo a revogação, em certos casos (*e. g.*, revogação da oposição à saída dos bens móveis do penhor legal), renúncia (portanto, negócio jurídico). *h*) As *recusas* são revogáveis, exceto a recusa do beneficiado pelo *modus* (encargo). *i*) Quanto às *reclamações* (Abmahnungen), produziram o seu efeito, e tôda volta atrás é *renúncia*, a direito, uma vez que elas eram, *ex hypothesi*, procedentes (conteúdo declarativo). *j*) Precisam de assentimento do que recebeu a comunicação: o aviso volitivo do credor que teve garantia por certo tempo e dentro dêsse tempo propôs ação, ou avisou ao que prestou a garantia (P. KLEIN, *Anzeigepflicht*, 62); a oposição a que os sócios

ou outras pessoas que tenham de resolver em conjunto, ou por maioria, atuem separadamente, e a oposição a obras do vizinho (pode já as ter destruído, ou alterado).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 236. B – Doutrina

A comunicação ou declaração de vontade nos atos jurídicos, em princípio, é requisito essencial. Podem existir casos de declaração sem vontade, isto é, sem vontade de declaração, ou casos de vontade inexistente pelo direito (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 181, n. 75). São exemplos as declarações feitas sob coação psíquica ou coação física.

Pontes de Miranda discorre sobre comunicações de vontade que podem ser revogadas e aquelas em que a revogação não produz qualquer efeito jurídico.

Quanto à retificação da vontade após a sua comunicação, é inoperante.

Vicente Ráo, em sua consagrada monografia, discorre de forma brilhante sobre a vontade, sua declaração e os conflitos que possam existir entre a vontade, a vontade de declarar e a declaração (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 181, n. 74 a 81).

§ 237. ANÁLISE DAS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO

1. COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO, ATOS JURÍDICOS "STRICTO SENSU". – Comunicações de conhecimento ou de representação são as manifestações de uma pessoa a outra, quanto a representação, julgamento ou testemunho (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 701; P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 199 s.; P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 28).

2. EXEMPLIFICAÇÃO DE COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO. – São comunicações de conhecimento: *a*) as comunicações "claras" (adiante, *mm*) que se fazem ao registo civil das pessoas físicas, sôbre nascimento ou morte; *b*) ou quanto à existência ou à extinção da pessoa jurídica (uma vez que é preciso a inscrição para aquela, também o é para essa, arts. 18, parágrafo único, e 21); *c*) a simples comunicação que o representado faz

ao terceiro, a quem o representante, *e. g.*, mandatário, apresenta os podêres (J. T. GOLDBERGER, *Der Schutz gutgläubiger Dritter*, 36); *d*) a citação, pessoal, ou edital, em caso de consignação em pagamento (art. 975; pôsto que, sem razão, L. KUHLENBECK, em *J. v. Staudingers Kommentar*, II, 3.ª-4.ª ed., nota 3 ao art. 374, houvesse considerado tal aviso "negócio jurídico receptício"; *e*) a "notificação" (aviso) do credor cedente ao devedor cedido (errados, F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 9.ª ed., 888 s.; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, 3.ª ed., 367, idem, H. DERNBURG-ENGELMANN, II, 4.ª ed., 395; H. NEUMANN, *Handsausgabe*, 5.ª ed., I, § 409, que pensavam em negócio jurídico, mas a natureza de tal comunicação de conhecimento foi bem estudada por R. SOHM, *Der Gegenstand*, 58 s., e M. WELLSPACHER, *Dos Vertrauen auf äussere Tatbestände im BGB.*, 71-77); *f*) o aviso de cessão do crédito pelo credor anterior ao devedor, para obstar a que os arts. 1.070 e 1.071, *in fine*, incidam; *g*) o aviso do locador ao locatário de haver alienado a coisa locada, que aliás só o adquirente pode revogar (M. MITTELSTEIN, *Die Miete*, 2.ª ed., 504 s.); *h*) *o* aviso ao dono da obra, na empreitada de lavor (arts. 1.239 e 1.240), se foi fixado orçamento, quando o empreiteiro prevê que será ultrapassado (P. KLEIN, Zurücknahme von "Vorstellungsmitteilungen", *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 325); *i*) *o* aviso do art. 1.322 (morte do mandatário, ou incapacidade); *j*) o aviso do art. 1.334 (do gestor ao dono do negócio); *k*) *o* aviso do depositário ao depositante, em relação a defeito da coisa, ou dêsse àquele, se o defeito pode causar dano; *l*) a comunicação da morte, ou incapacidade do sócio, pelos herdeiros dêsse, ou curador, aos outros sócios (cf. art. 1.399, IV); *m*) o aviso do assinatário ao assinante se, antes de atingida a data para a prestação, o assinado a recusa, ou se o assinado não aceita a assinação, ou se o assinatário não pode ou não quer prevalecer-se da assinação (G. PLANCK, *Kommentar*, II, 4.ª ed., 876); *n*) *o* aviso do possuidor do título da dívida ao portador, ou do possuidor do cupão de juros, se injustamente desapossado, à repartição da Fazenda Federal, Estadual ou Municipal (Decreto-lei n. 6.961, de 16 de outubro de 1944, arts. 1.º e 2.º); *o*) o aviso de ter achado alguma coisa (art. 603, parágrafo único); *p*) o aviso do usufrutuário, usurário, ou titular do direito de habitação, quanto às reparações de que precisa o prédio, ao seu proprietário (art. 734); *q*) *o* aviso ao credor hipotecário ou pignoratício, feito pelo segurador, ou pelo segurado, sem o qual a soma do seguro não pode ser paga ao segurado, e após ela há de decorrer tempo razoável, para que possa ser paga; *r*) *o* aviso do possuidor mediato ao possuidor imediato de que transmitiu a posse mediata, *e. g.*, ao credor hipotecário ou pignoratí-

cio (sem razão, G. PLANCK, *Kommentar*, III, 3.ª ed., nota 2 ao § 1.205, que considerava tal aviso negócio jurídico unilateral receptício; mudou de opinião, na 4.ª ed., 1.159; em verdade, o aviso é apenas elemento do suporte fáctico do negócio jurídico); *s*) a "intimação" do art. 792 (do credor caucionado ao devedor, cf. art. 794); *t*) o aviso que incumbe ao inventariante, ou ao que é autor ou réu em processo, fazer ao juiz, quanto à morte, incapacidade ou outra causa da falta do tutor, ou curador do herdeiro, legatário, réu, ou autor, ou outro figurante; *u*) *o* aviso do fideicomissário ao juiz, quanto à morte do fiduciário; *v*) informação sôbre a venda da coisa devida, nos casos do art. 704 e 705 do Código de Processo Civil, ou em justiça de mão própria (sem razão, F. SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 324; certo, P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 3.ª-4.ª ed., 285); *w*) as informações às repartições públicas sôbre procuração ou cessão de vencimentos, ou pensões do Estado; *x*) a informação ao credor hipotecário de que o prédio foi ou vai ser alienado, assumindo a dívida ou prestando hipoteca pelo devedor o nôvo proprietário; *y*) a informação do mandatário, ou do gestor de negócios, ao mandante, ou dono do negócio, sôbre a situação do negócio (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 703; P. KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, 25); *z*) a participação de A a B de ter constituído representante a C, – mas, no que permite a B tratar como representante a C, se outorga de podêres não houve, é *constitutiva* (M. WELLSPACHER, *Dos Vertrauen auf äussere Tatbestande*, 87), e não *declaratória*, e há negócio jurídico; *aa*) a participação de A, titular do pátrio poder, tutor, ou curador de relativamente incapaz, a C, sôbre ter dado assentimento a ato dêsse, mas, se, em verdade, o não deu, é constitutiva, e perfaz negócio jurídico (sem razão, *e. g.*, P. KLEIN, Zurücknahme von "Vorstellungsmitteilungen", *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 326); *bb*) a leitura do testamento em juízo; *cc*) a simples comunicação (Mitteilung) da autoridade judiciária às administrativas, ou vice-versa (excluídas, está claro, as mandamentais daquela); *dd*) a simples apresentação (simples comunicação) dos podêres (procuração) ao com quem o representante trata (art. 1.305; J. BIERMANN, *Bürgerliches Recht*, I, 257, 266 e 268; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 383, nota 39; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 462; sem razão, P. OERTMANN, *Allgemeine Teil*, 535, que "dispensa" a vontade do procurador no apresentar, e M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äussere Tatbestande*, 83 s., que, escrevendo sob a impressão da classe dos atos jurídicos *stricto sensu*, então não suficientemente estudada, dela excluía a apresentação da procuração); *ee*) a apresentação de contas do represen-

tante, administrador, mandatário ou gestor de negócios (receita e despesa), que é simples comunicação (A. MANIGK, *Willenserklärung imd Willensgeschäft*, 703); *ff*) a simples comunicação da cessão da dívida (Schuldübernahme) ao credor, que pode, ou não, consentir (sem razão, G. PLANCK, *Kommentar*, II, 3.ª ed., nota 2 ao § 415, tinha-a como negócio jurídico unilateral receptício; cf. L. MITTEIS, Zur Kritik des § 123 des BGB., *Leipziger Zeitschrift*, III, 639 s.; certo, O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 716); *gg*) a simples comunicação do alienante ao credor hipotecário quanto à alienação do imóvel; *hh*) a simples comunicação do alienante, se na locação foi inserta a cláusula de ser respeitada pelo adquirente, de a ter alienado (art. 1.197); *ii*) a simples comunicação do empreiteiro de que existem vícios na obra, ou de que não existem, ou de que foram feitos os consertos ou reparações (P. KLEIN, Zurücknahme von "Vorstellungsmitteilungen", *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 327); *jj*) a simples comunicação do assinante ao assinando, antes da prestação, de que foi proibida a cessão da assinação de dívida (P. KLEIN, Zurücknahme, *Archiv*, 34, 327); *kk*) as comunicações ao público, ainda se feitas pelos juízes, em editais, ou pelos oficiais de registo (cf. E. ZITELMANN, *Allgemeiner Teil*, 105); *ll*) as asserções de capacidade, ou de assistência, ou outras, como a do menor que se diz, ao tomar parte em negócio jurídico, maior, ou assistido (aliás, pode ser, conforme as circunstâncias, ato ilícito absoluto, R. LEONHARD, *Der Allgemeine Teil*, 340, e então não cabe sòmente o *Malitia supplet aetatem* do art. 155), a do credor, que, devendo entregar o título, alegando impossibilidade, não no faz e manifesta ter recebido o pagamento (art. 942; P. KLEIN, Zurücknahme, *Archiv*, 34, 327), a do marido, que precisa do assentimento da mulher, ou da mulher, que precisa do assentimento do marido, quanto à falta, a despeito de firmado o negócio jurídico (conseqüência: o que a recebe não pode *revogar* a sua manifestação de vontade, e tem de esperar a expiração do prazo, ou providenciar para que seja fixado), e a do tutor, em casos semelhantes, se precisa da autorização do juiz; *mm*) as comunicações "claras", isto é, declaradas (cf. P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 203 s.), que se fazem a propósito de estar consertada, ou reparada, a coisa, ou eliminado o vício, a do figurante do ato jurídico entre vivos, ou do testador, de que não sabe ler ou escrever (arg. ao art. 135, arts. 1.633 e 1.634, 1.638, X, e 1.639), ou de ser surdo-mudo (art. 1.642), sendo de notar-se que algumas circunstâncias não precisam ser "declaradas" e outras são manifestadas; *nn*) as comunicações-garantias (A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 703 s.), nome em que é forte de mais "garantia", melhor

comunicações rescindibilzantes, que são as de que emana, sendo falsas, rescindibilidade (arts. 1.101-1.106); *oo*) os informes circunstanciais (ainda mal definidos por A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 703, e H. REICHEL, Prozessuale Behandlung der Klagen auf Rechnungslegung und Auskunfterteilung, *Zeitschrift für deutschen Prozessrecht*, 37, 49 s.), como os de quem envia ou vai enviar mercadorias ou objetos outros, os do credor cedente sôbre como cobrar o crédito cedido, do alienante a respeito do que alienou (fora as comunicações *nn*), os do mandatário ao mandante, ou do gestor de negócios ao dono, do sócio, usuário, locatário, *e. g.*, art. 1.215, administrador, ou possuidor, que se retira, ao que entra, os do marido à mulher, sôbre administração de bens, a relação de bens pelo inventariante, etc.; *pp*) as apresentações de documentos comunicativas, isto é, quando comunicam conhecimento, por parte do apresentante (porque, se não há êsse elemento, apenas se trata de movimentos corporais exteriores, A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 703 e 705), como o assentimento do pai, tutor, ou curador, mostrado pelo relativamente incapaz, ou do marido, ou da mulher, pelo outro cônjuge, a apresentação da procuração pelo procurador que a recebeu do constituinte, a apresentação de documento sentencial sôbre a procedência da consignação em pagamento, a prova contra o cessionário de que êle conhecia a simulação do crédito cedido (art. 1.072; M. WELLSPACHER, *Das Vertrauen auf äussere Tatbestände*, 60 s.), a apresentação do consentimento do cessionário ao cedido, para a revogação da notificação do art. 1.069 (H. REICHEL, *Die Schuldmitübernahme*, 452 s.), a apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores (art. 172, III; P. KLEIN, Zurücknahme, *Archiv*, 34, 331); *qq*) a apresentação de contas (gastos, despesas, lucros; haver e dever); *rr*) as advertências, como os cartazes, placas, ou letreiros de perigo, ou de marcação de caminho; *ss*) as chamadas "aceitação", "concordância" e "aprovação" de contas, se apenas são confirmações, comunicações de conhecimento coincidentes, em resposta (cf. A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäfte*, 702 e 705); *tt*) as avaliações e estimações feitas pelos interessados, *e. g.*, a respeito de objetos de estima, inclusive pelo testador; *uu*) a declaração de existência, ou de não existência, por perito (declaração pericial), como se o usufrutuário, ou o nu proprietário, ou o fiduciário, ou o fideicomissário, faz verificar o bem, usufruído ou fideicomitido, por peritos; *vv*) as fixações temporais e locais para atos jurídicos; *ww*) os atestados e certificados; *xx*) a indicação de fins e motivos das reuniões e assembléias; *yy*) as cartas de recomendação, quando não são negócios jurídicos, e os conse-

lhos, se não são atos ilícitos, e têm relevância jurídica (= entram no mundo jurídico), porque, então, são atos jurídicos *stricto sensu*, o que é raríssimo, *e. g.*, o do gestor de negócios ao dono, para que chegue a tempo de retomar a direção dos seus negócios, porque o gestor tem de se ausentar); *zz*) alguns "reconhecimentos" (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 200 s.; J. KOHLER, *Lehrbuch*, I, *1*, 121 s.), como o do art. 172, V, ou o do credor cedente, feito ao devedor, de ter sido supérflua, ou contra direito, a cessão, por já pertencer ao pretenso cessionário o crédito cedido (J. KOHLER, *Lehrbuch*, II, *1*, 541; errados, F. SCHOLLMEYER, *Recht der Schuldverhältnisse*, 382), e o reconhecimento por escritura pública da cessão da cédula pignoratícia ou hipotecária (não é negócio jurídico!); *aaa*) a quitação, quando não é, em si, negócio jurídico abstrato, ou ato de solução (Tilgungsakt), abstrato e autônomo.

O reconhecimento da filiação é ato jurídico *stricto sensu* (P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 202 s.; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 720-723); não é negócio jurídico (certo, W. VON BLUME, *Das Familienrecht*, 640). O mesmo passa-se com o reconhecimento da legitimidade (= filiação + casamento); sem razão, P. KLEIN (Zurücknahme, *Archiv*, 34, 338).

3. COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO, SIMPLES ELEMENTO DE SUPORTE FÁCTICO. – Às vêzes a comunicação é apenas elemento de suporte fáctico do negócio jurídico (*e. g.*, o aviso ao possuidor imediato de que hipotecou ou alienou o prédio).

A simples comunicação de fato não verdadeiro, se a falsidade não era conhecida do que a fêz, em se tratando de interêsse, não proibido, dêle, ou daquele a quem a fêz, uma vez que escapa de ser ato ilícito absoluto, por violação do direito à verdade (direito de personalidade) ou segundo o art. 159, inclusive de ser abuso de direito (art. 160, I, 2.ª parte), ou ato ilícito relativo, é irrelevante: não constitui ato jurídico *stricto sensu* (sem razão, P. KLEIN, Zurücknahme, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34, 327, a propósito do § 824, 2.ª alínea, do Código Civil alemão) Também a falta de impugnação do ato do sem-podêres não é comunicação de conhecimento, mas ratificação, de modo que P. KLEIN (34, 327) se enganou em pô-la na subclasse das asserções (*Behauptungen*), que são comunicações de conhecimento (Código Civil alemão, § 180, 2.ª parte).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 237. A – Legislação

O texto cita diversos dispositivos do Código de Processo Civil contidos no Código revogado de 1939 e não no atual.

Referente aos arts. 18, parágrafo único e 21 do CC/1916, sobre o nascimento e extinção da pessoa jurídica, tem-se que o primeiro corresponde ao art. 45 do CC/2002 e o segundo não possui dispositivo correspondente.

Os arts. 1.070 e 1.071 do CC/1916, que tratavam do aviso de cessão de crédito são correspondentes aos arts. 291 e 292 do CC/2002. Os arts. 1.239 e 1.240 do CC/1916 correspondem aos arts. 612 e 613 do CC/2002, os arts. 1.322 e 1.334 do CC/1916 correspondem aos arts. 690 e 864 CC/2002. O art. 1.298, IV, do CC/1916 não tem dispositivo correspondente no Código vigente.

O Dec.-lei 6.961, de 16.10.1944 encontra-se revogado.

O art. 734 do CC/1916, sobre o aviso do usufrutuário, tem correspondência no art. 1.404 do CC/2002; os arts. 792 e 794 do CC/1916 encontram correspondência nos arts. 1.459 e 1.460 do CC/2002; e o art. 1.197 do CC/1916 corresponde ao art. 576 do CC/2002.

§ 237. B – Doutrina

Pontes de Miranda analisa e exemplifica as diversas comunicações de conhecimento, isto é, de atos que encarnam manifestações receptícias de vontade.

Como observado, anteriormente, nas atualizações realizadas, a maioria das declarações de vontade, principalmente, as que se processam no campo das obrigações, são receptícias.

§ 238. REVOGABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES DE CONHECIMENTO

1. DEVER DE COMUNICAR E REVOGAÇÃO. – Se existia dever de comunicar, o que comunica cumpre-o. As comunicações de conhecimento contêm *vox*. Algumas, portanto, podem ser revogadas. A regra é que, existindo dever de comunicar, a comunicação é irrevogável. São conhecidos deveres de avisar, de prestar informações, de simples comunicação, de inventariar, etc. Sempre que tal cumprimento de dever ocorre, a comunicação não pode ser revogada (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., 214).

Portanto, são irrevogáveis, por exemplo: *a*) *o* aviso do art. 1.082; *b*) a citação (aviso!) do art. 975; *c*) *o* aviso do locatário ao locador, tendo descoberto ou tendo chegado a acentuar-se o defeito grave da coisa locada, que pode arruiná-la, ou lhe diminuir grandemente o valor; *d*) *o* aviso quanto à incapacidade ou morte do mandatário; *e*) o aviso do empreiteiro quanto a ter de ser excedido o orçamento; *f*) os avisos que incumbem ao depositário, ao usuário, ao mandatário, ou ao gestor de negócios, etc.; *g*) *o* aviso do achado; *h*) as informações do que exerce justiça de mão própria, em caso de venda, ou outros semelhantes; *i*) as informações que sejam necessárias ao dono do negócio, para que tome providências, negociais ou não; *j*) os editais e publicações de interêsses de terceiro, que sejam previstos em lei; *k*) a quitação.

2. COMUNICAÇÕES REVOGÁVEIS DE CONHECIMENTO. – São revogáveis as seguintes comunicações de conhecimento: *a*) antes da aprovação do credor, a comunicação simples de ter cedido a dívida pode ser revogada pelo cedente e pelo cessionário (G. PLANCK, *Kommentar*, II, *1*, 602; P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 335); *b*) a comunicação de ter revogado a procuração; *c*) até a conclusão do negócio jurídico, a comunicação de ter podêres, ou estar assistido; *d*) as convocações de reuniões e assembléias; *e*) as fixações temporais e espaciais (salvo responsabilidade pela não-existência de razão, se já nos últimos momentos foi publicada; a não-realização, pela fôrça maior, não é revogação). Às vêzes, é preciso o consentimento daquele a quem se fêz a comunicação; mas está êsse, quase sempre, envolvido em negócio jurídico.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 238. B – Doutrina

A doutrina entende que, quando a lei exige que a vontade seja declarada, a comunicação é irrevogável. Outras, porém, podem ser revogáveis, sendo aquelas referidas por Pontes de Miranda no texto deste parágrafo.

§ 239. RECONHECIMENTO E ESPÉCIES DÊLE

1. RECONHECER É MANIFESTAR CONHECIMENTO. – Todo reconhecimento é manifestação de conhecimento, se não persiste tão-só no fôro interno. Podemos reconhecer, sem comunicar; porém o direito só se interessa pelo reconhecimento que se *manifesta*, algumas vêzes só pelo que se *comunica*, ou, até, só pelo que se *declara*. Reconhecer é estar convencido de que algo, de cuja existência ou inexistência se poderia suspeitar, existiu ou não existiu, ou existe ou não existe. Uma vez que se está no mundo (fáctico) do conhecimento, e não no mundo jurídico, as próprias qualidades que o direito cria têm de ser tratadas como fatos. Por isso, o reconhecimento pode versar sôbre existir o negócio jurídico, ou não existir, existir a nulidade, ou não existir, existir a anulabilidade, ou não existir.

É da máxima importância frisar-se que a recognição se dá no mundo fáctico, de modo que todos os enunciados são de existência fáctica. Reconhecer a nulidade, por exemplo, não é decretá-la, é afirmar a sua existência. Reconhecer a anulabilidade não é decretá-la, é afirmar que existe Os três planos, que sempre se hão de apontar no direito (o da existência, o da validade e o da eficácia) são vistos de um só: o plano da existência, ou por sôbre o mundo jurídico, em plano meta-lógico. Após os enunciados, o que se pode inferir é que o enunciante está convencido de que o fato existe, ou não existe. Não importa se êsse fato é físico, vital, psíquico, ou jurídico, ou, quando se trata de fato jurídico, se é fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, negócio jurídico, qualidade jurídica, ou efeito jurídico. No estado de pureza, o reconhecimento é livre de tôda vontade. Vejo porque percebo, e não porque queria perceber.

2. MANIFESTAÇÃO DO RECONHECIMENTO E PLURALIDADE DE SENTIDOS. – Nem sempre, porém, o reconhecimento se apresenta em estado puro. Ao reconhecimento em estado puro é que se chama, elìpticamente, *declaração*, como se disséssemos declaração da existência de determinado fato, sentido que é o seu, quando se fala de decisões declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. Então, é apenas declaração de conhecimento, enunciação de fato (positiva ou negativa). Ainda se ocorre por admissão silenciosa do enunciado de outrem, ou pela só manifestação em conduta concludente. A rigor, o reconhecimento é só manifestação, porque a declaração apenas é expressão mais iluminada, mais *clara*, dessa manifestação.

Pelo fato de o elemento declarativo apresentar-se, freqüentes vêzes, mesclado a outros, a palavra "reconhecimento" não tem, no uso dos juristas e dos leigos, unidade de sentido. Há alguns significados, que concorreram para enormes dificuldades no estudo dos atos recognitivos.

Aos enunciados de fato, puros de vontade, chamava-se *verba enunciativa* (cf. SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus*, II, 329 s.): "...verba enuntiativa sunt ea, quae nihil disponunt de praesenti, sed enuntiant praeteritum, vel futurum; vel si loquuntur de praesenti, non sunt tamen ex se apta ad disponendum...; in quo differunt a verbis dispositivis, quae de praesenti sunt apta ad disponendum, ut videre est in verbis dono, lego, relinquo, et similibus".

a) *Reconhecimento puro* tem-se no art. 172: "A prescrição interrompe-se: V. Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor". Não há elemento volitivo, que seja necessário; nem há declaração, em sentido estrito (= enunciação "clara", positiva ou negativa, de fato); não é preciso que haja declaração de vontade ou manifestação de vontade. Nem se exige qualquer bilateralidade, ou recepticiedade: o reconhecimento, em fato puramente unilateral, basta. Os que, como F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, I, 8.ª-9.ª ed., 558, nota 21), E. HÖLDER (*Allgemeine Teil*, 435; Die Normierung der Verjährung, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 11, 233) e J. BREIT (*Die Geschäftsfähigkeit*, 199), exigiam recepção, tiveram destruídos todos os seus argumentos, e a investigação científica assentou não ser receptícia a enunciação (G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.ª ed., 534; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 629; H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, I, 3.ª ed., 598; R. LEONHARD, *Der Allgemeine Teil*, 240; A. MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 714; P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 200; P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 168). Muitas vêzes, o reconhecimento está contido no pagamento por conta, ou no pagamento de juros, na oferta da liquidação com abatimento; porém não -sempre. Dá-se o mesmo na prestação de caução, inclusive se, feita por terceiro, nela assente o devedor, tal como acontece com o pagamento por conta, ou de juros, por terceiro. Não é preciso, para que reconhecimento haja, que se refira à causa, ou à importância da dívida (pode-se reconhecer dívida de que ainda não se sabe a quanto monta, pois a *quantidade* e o *ser* não se confundem). O ato é ato jurídico *stricto sensu*.

b) O *reconhecimento negocial* já é negócio jurídico cujo objeto é outro negócio jurídico. Ao elemento puramente cognoscitivo aumentou a ma-

nifestação de vontade, de modo que se perfez suporte fáctico de negócio jurídico, que é o negócio jurídico recognoscitivo, ou de reconhecimento, ou negócio jurídico declarativo. Já se está fora do plano do mundo fáctico; já se entrou no mundo jurídico. Não há só enunciação de fato; há isso, sem dúvida, *mais* o elemento volitivo suficiente para a composição de suporte fáctico do negócio jurídico.

c) Entre as duas espécies, está a *confissão*, a que se procurou exagerar o elemento volitivo, quase nenhum; às vêzes, ausente. Houve aquêles que a consideraram declaração de vontade e, pois, entrando no mundo jurídico, negócio jurídico; aquêles, que a tiveram como comunicação de vontade; e hoje se tem como simples comunicação de conhecimento, suscetível de eventuais elementos volitivos, que não a tornam negócio jurídico, nem comunicação de vontade (Código de Processo Civil, arts. 229-234; *Comentários*, II, 198-222).

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS DE RECONHECIMENTO. – Se o negócio jurídico de reconhecimento é *genus* (= existem muitas espécies de negócios jurídicos de reconhecimento), ou se só há um tipo, com o seu esquema único e indebulhável, é questão que se refere aó "negócio jurídico" de reconhecimento (acima, 2, b), e não ao reconhecimento.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 239. B – Doutrina

A "declaração de verdade ora consiste na atestação (declaração certificativa), ora no reconhecimento (declaração recognitiva) de um fato, ou de um ato, ou de um direito, podendo assumir, sob este último aspecto, entre figuras outras, a de confissão" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 130, n. 50).

Vicente Ráo traz à colação o ensinamento de Angelo Falzea: "efeito preclusivo e declaração de verdade são os elementos necessários de toda figura de acertamento, de sorte que não existe declaração de verdade acompanhada de efeito preclusivo que não constitua fato de acertamento", isto é, de reconhecimento (RÁO, Vicente. *Ato*... cit., p. 131, n. 50).

§ 240. NATUREZA DO PERDÃO E DO ASSENTIMENTO À OFENSA

1. DIFERENÇA ESSENCIAL ENTRE OS DOIS CONCEITOS. – Preliminarmente, observemos que não há, no Código Civil, conceito de *perdão*. À ciência fica defini-lo, analisando os fatos da vida. Nem há, no Código Civil, qualquer indicação da sua natureza. Daí devermos examinar as atitudes assumidas pelos juristas, antes da conceituação e classificação dêle entre os fatos jurídicos.

É fato jurídico, não há dúvida. Regras jurídicas incidem sôbre certos suportes fácticos, em que o elemento, ato humano, é perdão, e entram no mundo jurídico *onde* produzem efeitos jurídicos. Não é só fato psíquico, íntimo; é ato da vida de relação, que penetra no mundo jurídico, *com* a incidência de regras jurídicas especiais. O que nos importa é sabermos, ao certo, de que espécie de fato jurídico é o perdão. Ao que parece, a primeira monografia que se dedicou ao estudo da natureza do perdão foi, em 1903, a de EDUARD FREUDENBERG (*Die Verzeihung*, especialmente 13-30). Antes, na *Zeitschrift für Kirchenrecht*, X, 89-105, 220-245, G. LÜTTGERT publicara o seu artigo Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht (O Perdão no direito sôbre divórcio). Em meio século, foram-se apurando as pesquisas e tirando-se os argumentos. A resposta à pergunta "¿Em que classe de fatos jurídicos entra o perdão?" pode ser (porém não tem de ser, necessàriamente), para tôdas as subespécies de perdão (o do art. 319, II, quanto a adultério; ou o perdão à causa da revogação da doação por ingratidão; ou o perdão no art. 1.597, pôsto que o art. 1.597 só o admita por ato autêntico ou testamento). A unidade conceptual do perdão seria a mais simples das hipóteses; e a solução mais provável, dada a mesmeidade de eficácia (caducidade do direito, cp. H. WALTER, *Dos Recht der Ehescheidung*, 59; E. FREUDENBERG, *Die Verzeihung*, 14). Não se pode negar que essa mesmeidade de eficácia indicie a mesmeidade de natureza; se bem que não baste, de si só, para a determinar.

As teorias, que surgiram, mais versaram sôbre se tratar de negócio jurídico (A), ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu* (D) ou ato-fato jurídico (C). Todavia, houve os que sustentassem ser o perdão *dado puramente fáctico* (B). Daí têrmos de consignar mais essa atitude.

2. TEORIA DO PERDÃO NEGÓCIO JURÍDICO; CRÍTICA. – (A) Ver no perdão *negócio jurídico* é identificá-lo com a renúncia, e foi êrro em que incorreu L. JACOBI (*Das persönliche Eherecht*, 108, nota 127), a despeito

da advertência dos *Motive* (II, 304; IV, 603). Depois, H. DERNBURG (*Das Bürgerliche Recht*, II, 2.ª ed., 134) ainda quis mostrar haver no perdão declaração de vontade de caráter negocial, pois que só se perdoa *alguma coisa* e no perdoar se particulariza o *efeito* que se quer, porém não seria negócio jurídico. Percebe-se a confusão entre o fato íntimo, de sentimento, que pode, certamente, ser considerado efeito, e o fato manifestado, que de modo nenhum se confunde com o seu efeito jurídico, puramente externo e social. A caracterização como "declaração de vontade que pertence ao domínio ético" (R. HENLE, *Vorstellungs- und Willenstheorie*, 363) seria escapula, que se deve rejeitar, porque não há, sempre, no perdão, declaração, nem se poderia entender a referência ao moral senão como classificação do suporte fáctico (extrajurìdicamente, portanto), e não como classificação do fato jurídico. Não pode ser só moral o que entra no mundo jurídico, com a incidência de regras jurídicas especiais, e aí produz efeitos. Contra ser negócio jurídico o perdão, G. LÜTTGERT (Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, X, 95), G. PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 2.ª ed., 304; III, 82; IV, 602), O. FISCHER e W. HENLE (*Bürgerliches Gesetzbuch*, 5.ª ed., 258), H. NEUMANN (*Handsausgabe*, II, 868; Studie, *Festgabe für* RICHARD WILKE, 216 s.), F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, I, 8.ª ed., 280), P. OERTMANN (*Das Recht der Schuldverhältnisse*, 252), C. CROME (*System*, II, 527), B. MATTHIASS (*Lehrbuch*, I, 537, II, 312 e 520), TH. KIPP (*Der Parteiwille*, 23, nota 5), FRITZ FRIEDMANN (*Rechtshandlung*, 41), e E. FREUDENBERG (*Die Verzeihung*, 16 s.). A teoria foi posta de lado.

3. TEORIA DO PERDÃO FATO PURO; CRÍTICA. – (B) A opinião que reduzia o perdão a fato puro, moral ou psíquico, apenas refletia falta de atenção à definição de *fato jurídico*. Não ser negócio jurídico, e não ser ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu*, ou ato-fato jurídico, não importa em ser fato puro; poderia, ainda, ser fato jurídico *stricto sensu*. Não se compreende que ficassem G. PLANCK (*Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, 323) com a noção de perdão "ato moral" (é-o como suporte fáctico, porém não está aí a questão), O. FISCHER e W. HENLE (*Handsausgabe*, 258 e 1.127), com a de "caráter fáctico" (tatsächlicher Character), e P. OERTMANN (*Dos Recht der Schuldverhältnisse*, 252), com a de "acidente fáctico" (tatsächlicher Vorgang). Como êles, ainda outros (B. MATTHIASS, *Lehrbuch*, I, 537, II, 312; W. RAEKE, *Die Widerruf der Schenkung*, 67; J. HOLLWECK, *Das Civileherecht*, 227; J. ERLER, *Ehescheidungsrecht*, 121 e 123; C. DAVIDSON, *Das Recht der Ehescheidung*, 85 s.).

Radical, G. PLANCK (*Kommentar*, IV, 1.ª-2.ª ed., 323) considerou-o ato moral, portanto, de modo nenhum, negócio jurídico: o absolutamente incapaz poderia perdoar, inclusive o louco, pôsto que o representante dêle sòmente possa deixar de propor a ação, ou confessar o perdão, se o incapaz perdoou. Veremos adiante até que ponto de gravidade vai êsse êrro. Êsse "ato moral" de G. PLANCK não seria ato jurídico *stricto sensu*, nem, sequer, ato-fato jurídico, mas fato a jurídico, que, praticado pelo incapaz, daria o elemento necessário ao perdão, que o representante reconhecesse eficaz (?). Se abstrairmos da incapacidade, a questão mais se precisa: ou o que foi coagido, ou levado pelo dolo, não pode alegar a coação, ou o dolo, porque se trata de fato puro, ou pode alegar aquela, ou êsse. A discussão em tôrno de ser ou não ser o perdão negócio jurídico preparou a doutrina e a investigação científica para condições mais precisas. Mas, em verdade, algumas discussões, que não desceram à análise do ato de perdoar, turbaram as soluções propostas. Não se viu, por exemplo, que perdoar exige, conceptualmente, a capacidade natural. Por outro, o elemento moral chamou sôbre si demasiada atenção.

Não há negar o conteúdo moral do ato de perdão. É tanto ato moral quanto a ingratidão do donatário (arts. 1.181-1.187), o abuso dos direitos conjugais (arts. 231 e 160, I, *in fine*), *o* fundamento do desquite (art. 317), ou da deserdação (arts. 1.741-1.745 e 1.595). Mas isso nada pode decidir quanto a ser ato jurídico, ou não; o abuso do direito conjugal é ato (jurídico) ilícito; o adultério é infração contratual.

4. TEORIA DO PERDÃO ATO-FATO JURÍDICO; CRÍTICA. – (C) A explicação do perdão, já no mundo jurídico, isto é, depois de ter ocorrido e ter incidido sôbre êle a regra jurídica, porém não como ato jurídico (= nem negócio jurídico, nem ato jurídico *stricto sensu* ou não-negocial), sòmente poderia ser, para alguns, a do perdão como *ato-fato jurídico*. Não teria o defeito de responder à questão '¿Qual a classe de fato jurídico em que se inclui o perdão?" com resposta à questão relativa ao elemento que entrara no suporte fáctico. O perdão seria ato humano tratado como fato humano, tal qual a ocupação, e estaria no rol dos atos-fatos jurídicos. Essa desumanização do perdão é um tanto chocante; mas, em verdade, a vontade e o sentimento lá estão e lá persistem. Quanto ao louco, ou outro absolutamente incapaz, seria difícil conciliar-se com a realidade psíquica que a pessoa incapaz de pesar o ato ofensivo de outra pudesse *perdoar*. Todo perdão supõe apreciação das circunstâncias. Perdoar é doar completamente (*perdonare*).

No direito romano, a L. 14, § 9, D., *ad legem Juliam de adulteriis coercendis*, 48, 5, tirada de ULPIANO, *De adulteriis*, disse que a repudiada por adultério, se foi tomada outra vez por mulher, não pode ser acusada pelo delito que cometeu no primeiro matrimônio, porque, volvendo o varão a tê-la por mulher, *aboliu* os delitos do primeiro matrimônio (abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam). O direito comum recebeu a regra. Na L. 11, § 1, D., *de iniuriis et famosis libellis*, 47, 10, ULPIANO (Comentários ao Edicto, 57) disse que a ação de injúria se extingue pela dissimulação e se alguém houve, que relinquiu a injúria (si quis... iniuriam relinquerit), depois, arrependendo-se, não poderá volver a falar da injúria que remitiu (postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolere); e, na L. 17, § 6, aludiu ao caso de alguém ter remitido injúria, por sua vontade, no qual, sem dúvida, se há de dizer que se extingue a ação de injúria, *não menos do que se a injúria tivesse sido extinta pelo tempo* (si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extingui iniuriarum actionem *non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria*).

O delito existiu; a causa de divórcio existiu. Em têrmos científicos: o suporte fáctico completou-se; a regra jurídica incidiu; o suporte fáctico entrou, assim, no mundo jurídico: houve fato jurídico. Seja ato jurídico não-negocial, ou ato-fato jurídico, o perdão extingue, remite, faz caducar. O direito, a pretensão e a ação do ofendido caem (= saem do mundo jurídico, porque se lhe desfalca o suporte fáctico, a que se desce). Tudo isso estava no pensamento dos juristas romanos – de ULPIANO, que aí excele; pois os verbos empregados nos textos supõem a obliteração, a posterioridade do perdão ao fato *jurídico* do adultério ou da injúria: relinquir, relicção; remitir; abolir. Tal como se dá com o acabar pelo tempo: "non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria". Os juristas modernos não prestaram a devida atenção aos textos, que são reveladores: o delito não deixa de *ter sido*; deixa de *ser*, pela remissão, pela relicção, pelo abandono. Já é no mundo jurídico, e não antes, no mundo fáctico, que isso ocorre.

No direito civil (art. 319, pr. e II), a despeito de se falar de "deixar de ser motivo para o desquite" (pr.), a posterioridade é evidente: "Se o cônjuge inocente lho houver perdoado" (II). No parágrafo único, ainda se acentua: "Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado". Passa-se o mesmo no Código Penal, art. 107, onde, aliás, se pôs o perdão no plano da ação: "O perdão do ofendido, nos crimes em que sòmente se procede mediante queixa, obsta

ao prosseguimento da ação"; e, depois, nas causas de extinção da punibilidade (art. 108, V), ao lado da renúncia ao direito de queixa.

A concepção do perdão como ato-fato jurídico, ao lado dos atos reais (especificação, tradição possessória, abandono da posse, descobrimento de tesouro, composição de obra literária, etc.), a responsabilidade sem culpa e as caducidades sem culpa, seria artificial.

5. Teoria do perdão ato jurídico "stricto sensu". – (D) Por isso, outros juristas entenderam que o perdão é ato jurídico não-negocial, ato jurídico *stricto sensu*. Um dêles, H. Dernburg (*Lehrbuch*, II, 133 s.), considerou-o declaração de vontade, de que resulta, com a entrada no mundo jurídico, ato jurídico (Rechtshandlung), sem ainda frisar ser não-negocial. O perdão seria ato parecido com os negócios jurídicos. Donde serem abrangentes dêle as regras jurídicas sôbre êrro, dolo e violência. Parece que até aí também ia F. Endemann (*Einführung*, II, 2, 679, nota 17). A concepção acerta no classificar, porém deixa sem análise o ato mesmo do perdão.

Continuou aberta a questão: ¿É o perdão ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico? É ato jurídico *stricto sensu*, e não ato-fato jurídico. O perdão é exatamente causa de caducidade, com o conteúdo de ato jurídico *stricto sensu*, e nisso se distingue do assentimento no ato ofensivo (*e. g.*, consentimento no adultério, art. 319, I).

6. Assentimento à infração e perdão. – O assentimento não é, como o perdão, ato jurídico *stricto sensu*. Não é negócio jurídico, – nem, sequer, ato-fato jurídico: o absolutamente incapaz não pode assentir, como seria incapaz de praticar ato ilícito (P. Klein, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 114; sem razão, O. Opet, *Das Familienrecht*, 392); o relativamente incapaz pode assentir no adultério. O assentimento não precisa ser comunicado ao cônjuge adúltero, nem exige acôrdo, ainda tácito: bastam o ato de um e o assentimento do outro. Não precisa, sequer, que dêle tenha conhecimento o infrator; e pode ser manifestado tàcitamente, pôsto que não baste o simples fato de ter notícia da infração o ofendido. Em todo caso, não é preciso haver conhecimento seguro da infração, para que haja assentimento do ofendido (O. Warneyer, *Kommentar*, II, 703). Também é assentir ter concorrido, ou planejado, ou incentivado o adultério do outro cônjuge, ou outra falta, para obter fundamento para divórcio ou para desquite. O assentimento pode ser *anterior*,

simultâneo ou *posterior* à infração; e daí certa dificuldade, que houve, em se saber se é fato extintivo (como o perdão) do fato jurídico que proveria da infração, ou se é elemento negativo da infração (pré-excludente). O assentimento prévio ou simultâneo é, evidentemente, excludente de elemento do suporte fáctico da infração; *e. g.*, adultério: adultério há, fàcticamente; porém não o *fato jurídico* do adultério. Quanto ao assentimento posterior, ou se tem como (*a*) pré-excludente (= não há, jurìdicamente, adultério), ou como (*b*) extintivo (= o adultério, que houve, deixa de ser), tal como se passa com o perdão, ou como (*c*) encoberto pela *exceptio doli o* direito, a pretensão, a ação, ou a exceção do ofendido. Se (*a*), não há, no mundo jurídico, – pôsto que assentimento (fáctico) do ofendido tivesse havido, – o fato jurídico da infração (*e. g.*, do adultério). Não se poderia falar de caducidade: o que não está no mundo jurídico, dêle não cai. Se (*b*), há, no mundo jurídico, a infração: o assentimento, posterior, importaria em perda do direito, pretensão, ação, ou exceção; portanto, caducidade (assim, sem distinguir, sequer, o assentimento prévio e o posterior, L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 30.ª e 34.ª ed., 334, ainda na ed. de HANS CARL NIPPERDEY, § 128, IV, 3, *c*). Se (*c*), teria o ofensor apenas a *exceptio doli*.

Para se achar a verdadeira natureza do assentimento às infrações, tem-se de procurar a realidade da vida. O fato praticado, ou deixado de praticar, se o agente tinha razões para crer que não fôsse lesivo, não é infração (*e. g.*, se o cônjuge pensava que não estava casado, em virtude de sentença de nulidade ou de anulação, ou de divórcio, trânsita em julgado, se houve, ou não, outro casamento, mas sobrevém rescisão, retirando a sentença na ação rescisória a eficácia sentencial anterior). É de lastimar-se que juristas de prol como L. ENNECCERUS (*Lehrbuch*, I, 30.ª-34.ª ed., 334) ainda incluíssem o assentimento ao adultério como caducidade.

O assentimento ao suporte fáctico do adultério pode ser *geral* ou *especial* (O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 703); *e. g.*, é geral, se o cônjuge manifesta que não importa, de modo algum, se o outro cônjuge infrinje o dever conjugal de fidelidade, ou, sabendo que se repete, com diferentes pessoas, não toma qualquer atitude. O conceito tem grande importância para se saber se há fato de assentimento, ou se há *estado de assentimento*, *o* que assaz se caracteriza quando se aprecia o momento em que *cessou o* assentimento. O mesmo ocorre em direito penal (Código Penal, art. 240, § 3.°, II).

Panorama atual pelo Atualizador

§ 240. B – Doutrina

Pontes de Miranda observa, de início, que o Código Civil de 1916 não conceituava o "perdão", situação que se repete no Código Civil em vigor.

Não há dúvida de que o "perdão" é um fato jurídico, na medida em que se opera a sua entrada no mundo jurídico.

O Autor expõe que coube à doutrina tratar do perdão como fato jurídico. A primeira teoria vê no perdão um negócio jurídico e o identifica com a renúncia; outra teoria reduz o perdão a fato puro, moral ou psíquico; e uma terceira teoria ainda enquadra o perdão como ato-fato jurídico.

Pontes de Miranda apresenta a sua crítica a cada uma das três teorias pelas razões que expõe. Para ele continua aberta a questão de ser, o perdão, ato jurídico estrito senso ou ato-fato jurídico.

Todavia, possível sentir-se que sua opinião se dirige à classificação do perdão como ato jurídico *stricto sensu*.

§ 241. SUPORTE FÁCTICO DO PERDÃO

1. ANÁLISE DO SUPORTE FÁCTICO. – *Perdão* é a manifestação de sentimento e vontade que parte de alguém, que foi ofendido, em sua pessoa, ou em seus bens, ou em alguém que ao perdoante mereça grande estima (*e. g.*, se a lei eleva à categoria de ofensa a que se faz ao cônjuge). Não há perdão sem que se trate de ofensa, que se perdoa (= remite, abandona, *perdonat*). Os seus pressupostos são *subjetivos* e *objetivos*. *a*) Subjetivos são os pressupostos que concernem à existência de certa relação moral entre duas pessoas e à conduta da pessoa, que causa a ofensa à outra. Sem se supor no ofendido, ìntimamente, o sentimento da ofensa, não se pode pensar em perdão. Já aqui está a resposta científica ao problema que os juristas tanto conturbaram: o absolutamente incapaz não pode perdoar, porque não há, nêle, o sentimento da ofensa, ou, pelo menos, o direito não considera normal o que acaso sinta. O adultério do cônjuge do louco ofende-o; êsse não pode perdoar, porque tanto seria inimputável o seu ato de perdão quanto irrelevante o seu sentimento da ofensa, pois, louco como é, poderia tê-lo sem causa. Se o ofensor não teve culpa (e é o caso da pessoa induzida pelo ofendido), falta um dos pressupostos subjetivos do perdão. Daí o adultério,

para o qual o outro cônjuge concorreu, não ser, jurìdicamente, adultério (ou ser encobrível pela *exceptio doli*, se o sistema jurídico o prefere); sem se poder pensar em perdão, em tal espécie (art. 319, I e II). *b*) Pressuposto objetivo é a existência de conflito entre as duas pessoas, causado pelo ato de uma delas. Se o ofendido não conhecia a ofensa, perdoar seria sem conteúdo; para que exista perdão, é preciso que o ofendido conheça a ofensa: se a conhece, o perdão pode ser presumido (art. 319, parágrafo único: "Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, *conhecendo-o*, coabitar com o culpado"). O conflito tem de ser externo, entre *ego* e *alter*; o conflito interior, de si para si, sòmente levaria ao perdão manifestado a si-mesmo, que é sem interêsse para o direito. Por outro lado, perdoar e esquecer são fatos inconfundíveis: nem sempre perdoa quem esquece; nem sempre esquece quem perdoa.

Não é preciso que o perdoante saiba que o ato, que êle perdoa, fôra causa de nascimento de direito, pretensão, ação, ou exceção (O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 719). As expressões iniciais ou finais das cartas, telegramas, ou telefonemas, ou fonogramas, que traduzem amizade ("querido", "meu marido", "minha mulher", "com o abraço e os beijos de") não bastam para prova do perdão, principalmente quando o ofendido não está a par da gravidade da falta. Tão-pouco é perdão a declaração de vontade, ainda perante o juiz, de não querer desquitar-se, ou divorciar-se (O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 720), ou a promessa de desistir da ação intentada, ou o simples pedido de separação, se podia a pessoa, nas justiças do lugar, pedir o divórcio.

2. SERIEDADE DO PERDÃO. – Tem de ser *sério* o perdão. Perdão pilhérico não é perdão. A reserva mental, ainda explícita, que contradiga atos de perdão, como a coabitação (art. 391, parágrafo único), é sem relevância; houve perdão. O ato, que se perdoa, tem de ser abrangido, todo, pelo perdão; *e. g.*, *o* perdão do adultério com C não apanha o adultério com D (O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 719, nota 2); o perdão do adultério com C é até a data do perdão, e não de atos posteriores; o perdão do adultério com C, conhecido até certa data, não alcança atos posteriores a essa data.

O perdão não precisa ser manifestado à pessoa a quem se perdoa (O. OPET, *Das Familienrecht*, 406; A. B. SCHMIDT, *Familienrecht*, 714; G. PLANCK, *Kommentar*, IV, 4.ª ed., 398; contra, sem razão, H. DERNBURG, *Dos Bürgerliche Recht*, IV, 94); portanto, é ato jurídico *stricto sensu* não-receptício.

3. FORMA E PROVA DO PERDÃO. – O perdão não é sòmente fato íntimo. Tem de manifestar-se, ter *forma*. No suporte fáctico do perdão há de estar a manifestação dêle. Por isso mesmo e porque pode exprimir-se em atos sem palavras, o art. 319, parágrafo único, lançou mão de presunção, para o caso de vir o ofendido a coabitar com o culpado.

O juiz pode, examinando os fatos, afastar que se tenha direito, pretensão, ação, ou exceção, se o perdão o excluir: o perdão é fato extintivo, que se aprecia de ofício. É possível alegá-lo enquanto não há coisa julgada formal. No grau de embargos, de revista, ou em recurso extraordinário, também; na ação rescisória de sentença, sòmente pode ser alegado de nôvo, ou atacado pela primeira vez, se o julgado se firmou em prova falsa, conforme o art. 798, II, do Código de Processo Civil. Salvo se a questão é só jurídica.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 241. B – Doutrina

O suporte fático do perdão está presente na "manifestação de sentimento e vontade que parte de alguém que foi ofendido, em sua pessoa, ou em seus bens, ou em alguém que ao perdoante mereça grande estima" (§ 241, 1).

Só há perdão diante de ofensa a ser perdoada.

O perdão tem de ser sério e, no seu suporte fático, deve estar a manifestação de vontade de perdoar a ofensa, passando a configurar fato jurídico extintivo.

§ 242. SUPORTE FÁCTICO DO ASSENTIMENTO À INFRAÇÃO

1. ASSENTIMENTO À INFRAÇÃO, ELEMENTO FÁCTICO. – Assentir no suporte fáctico, de que *surgiria* o fato jurídico, é juntar-lhe fato pré-excludente. Não é elemento de negócio jurídico, nem de ato jurídico *stricto sensu*, nem de ato-fato jurídico, nem de fato jurídico *stricto sensu*. No suporte fáctico, é preciso que haja manifestação de vontade e seja séria; não se pode exigir recepticiedade, nem, sequer, que seja feita ao agente do fato ofensivo. Entende-se que se deu o assentimento ao *tempo do fato lesivo*, porque, então, impede que êsse fato entre no mundo jurídico, salvo se a lei adotou outra concepção. Daí ser equívoco dizer-se que "o adultério deixará

de ser motivo para o desquite se o autor houver concorrido para que o réu o cometa" (art. 319, I), ou que não haverá direito ao divórcio (Recht auf Ehescheidung), ou desquite, se o outro cônjuge assente no adultério (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, I, 334). O adultério, no primeiro caso, não entrou no mundo jurídico; no segundo, também. A *compensatio delicti*, que o direito canônico e o direito protestante admitem, importa em extinção; não o assentimento do art. 319, I. (O Código Penal, art. 240, § 3.°, II, tem concepção própria, que só se refere à ação penal.)

2. MEIOS DE ASSENTIMENTO. – O assentir pode ser preparar, auxiliar, concorrer, ajudar; *e. g.*, se o marido põe detective que seduza, ou arranja quem seduza a mulher, e a leve a relações sexuais.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 242. B – Doutrina

O assentimento à infração é fato pré-excludente.

§ 243. EFICÁCIA DO PERDÃO

1. EFICÁCIA EXTINTIVA. – O perdão tem o efeito de fazer *caducar* o direito do que perdoa. O direito perde-se, cai, em virtude de ato jurídico *stricto sensu* do titular. Tal é a definição mesma dessa espécie de caducidade. Outras caducidades, porém com culpa, têm-se na perda do pátrio poder (art. 395), em conseqüência de ato do titular, ainda como efeito anexo da sentença penal (Código Penal, art. 69), e na perda do direito de resolução (convencionado), se o titular impossibilitou, pela alteração da coisa, a restituição dela; e outros, sem culpa, nos prazos preclusivos puros. Naturalmente, outros sistemas jurídicos podem conceber o perdão como desfalcante do suporte fáctico e, pois, ato *antes* da entrada do ato ofensivo no mundo jurídico; contudo, essa concepção não é a do direito brasileiro, nem merece, *de lege ferenda*, ser acolhida, porque confunde extintividade, *posterius*, com a simples insuficiência do suporte fáctico, *prius*.

2. EXTENSÃO DA EFICÁCIA. – A eficácia do perdão é, até certo ponto, determinada pelos pressupostos subjetivos e objetivos do perdão. Por isso, desaparece a mácula na relação entre as duas pessoas e o conflito entre elas. Em suma: caduca todo direito, pretensão, ação, ou exceção, que do ato ofensivo nasceu. O direito só se preocupa, daí em diante, com os efeitos jurídicos (negativos) do perdão. Porém só se extingue aquilo que foi objeto de perdão.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 243. B – Doutrina

O perdão tem o efeito jurídico de fazer desaparecer o direito daquele que perdoa e sua eficácia fica restrita aos pressupostos subjetivos e objetivos do perdão. Em suma, só extingue aquilo que foi objeto do perdão.

§ 244. REVOGABILIDADE DO PERDÃO?

1. A QUESTÃO DA REVOGABILIDADE. – A questão da revogabilidade ou irrevogabilidade do perdão tem sido, até hoje, mal posta. Primeiro haveria de ser respondido se há manifestação de vontade, *vox*, em que a vontade seja relevante; porque, se fôsse ato-fato jurídico, não se poderia pensar em se revogar o que não se declarou, ou manifestou, como *vox*. Se houvesse no perdão sòmente vontade-fato, vontade puramente fáctica, então, *a fortiori*, seria irrevogável, porque não há retirar-se voz onde voz não se pôs.

2. IRREVOGABILIDADE. – Em todo caso, pois que o perdão é manifestação de vontade e de sentimento (ato jurídico *stricto sensu*), os elementos do suporte fáctico estão completos, inclusive houve o conhecimento da ofensa, – também não se pode admitir revogação, porque o perdão opera, instantâneamente, os seus efeitos. Qualquer ato do perdoado, que importe em motivo de arrependimento do perdão, seria nova ofensa, que não poderia ir alterar, *no passado*, o perdão que se dera: seria preciso outro perdão; ou a nova ofensa, não a anterior, estaria incólume. Se o perdoante ignorava a extensão ou a gravidade da ofensa, não se há de cogitar de revogação

do perdão: só se perdoou aquilo que se conhecia; não o que se ignorava. Por onde se vê que o falar-se de revogação do perdão é levantar-se pseuda questão. Tal como veremos a propósito da anulabilidade. No entanto, E. FREUDENBERG (*Die Verzeihung*, 74) pensou em *declaração revocatória*; e G. LÜTTGERT (Die Verzeihung, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, X, 100), em *objeção* de revogação, no processo. As suas afirmações, sem suficiente argumentação, caem, por lhes faltar fundamento em boa análise do ato mesmo de perdoar.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 244. B – Doutrina

Pontes de Miranda expõe, com razão, que o perdão é irrevogável, pois é declaração de vontade e opera seus efeitos de forma imediata.

§ 245. ANULABILIDADE E NULIDADE DO PERDÃO?

1. INCAPACIDADE RELATIVA E VÍCIOS DE VONTADE. – Ato jurídico *stricto sensu*, pensou-se em haver invalidade (especialmente anulabilidade) do perdão. O perdão não é anulável por incapacidade relativa do perdoante, nem por vícios de vontade (art. 147, I-II). Não é anulável, por incapacidade relativa, porque, entre os atos para os quais precisa de assentimento o relativamente incapaz, não está o perdão. Não no é por vício de vontade, porque: *a*) Se houve êrro, isto é, se o que manifestou a sua vontade e o seu sentimento, crendo perdoar, desconhecia circunstâncias importantes que, se as conhecesse, não perdoaria, *não perdoou* (= no suporte fáctico do perdão devem achar-se essa manifestação e o conhecimento do que foi a ofensa, sua intensidade e gravidade). Quem perdoou o mais, perdoou o menos; quem perdoou menos do que foi a ofensa não perdoou o resto; portanto, *não perdoou*. *b*) Se houve dolo, como se o perdão veio após ter dito o ofensor que a ofensa não continuara, e continuou, tendo preparado cartas suas e de terceiro para o provar, a asserção é falsa, e *perdão não houve*. *c*) Se houve coação, de modo que o ofendido, para escapar de violência a si,

ou a pessoa da família, declarou perdoar, ou anuiu na coabitação a que se refere o art. 319, parágrafo único, *perdão não houve*. Tudo se passa no plano da existência, e não no plano da validade. Daí têrmos aludido ao êrro, ao dolo, a ameaças e violência, como excludentes da *existência* do perdão (*Tratado de Direito de Família*, I, 438). Não se revoga nem se anula (cf. F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, II, 8.ª e 9.ª ed., 243, nota 33; contra, sem razão, A. B. SCHMIDT, *Familienrecht*, 713). Nem se pode dizer, como F. ENDEMANN (*Lehrbuch*, II, 243) e F. KLEIN (Bedingte Verzeihung, *Blätter für Rechtspflege*, 10, 113), que se trata de nulidade: seria trazer ao plano da validade o que pertence ao plano da existência.

2. RESERVA MENTAL E ILICITUDE. – A reserva mental não obsta ao perdão. Nem importa se o perdoante quis, ou não, os efeitos jurídicos do perdão (cf. P. KLEIN, *Die Rechtshandlungen*, 117).

Quanto às nulidades por ilicitude ou impossibilidade, o perdão sòmente é admitido nos casos que a lei aponta: fica fora do mundo jurídico se não há regra jurídica que o preveja; e o seu objeto, por definição, é ético, lícito e possível.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 245. B – Doutrina

Sobre a anulabilidade e a nulidade do perdão, cumpre assinalar, em primeiro lugar, que só se admite a nulidade do perdão quando admitida pela lei nos casos que especifica.

Em segundo lugar, quando Pontes de Miranda afirma que a reserva mental não obsta o perdão, torna-se necessário bem fixar-se o conceito de reserva mental. Vicente Ráo ensina que: "A reserva mental é uma particular espécie de vontade não declarada, por não querer, o agente, declará-la. É uma vontade que o agente intencionalmente oculta, assim procedendo para sua declaração ser entendida pela outra parte, ou pelo destinatário (como seria pelo comum dos homens), tal qual exteriormente se apresenta, embora ele, declarante, vise alcançar não os efeitos de sua declaração efetivamente produzida, mas os que possam resultar de sua reserva" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 184, n. 76).

O ato jurídico do perdão pode ser anulado, como os atos jurídicos em geral, nas hipóteses de vícios de vontade previstos em lei.

§ 246. CONDIÇÃO E TÊRMO QUANTO AO PERDÃO

1. DETERMINAÇÕES DE CONDIÇÃO E TÊRMO. – Discute-se se o perdão pode ser a têrmo, e tem-se de responder negativamente; discute-se também se pode ser sob condição. Seriam exemplos de perdões condicionais: o perdão que, suspensiva a condição, só se teria como ocorrido se o ofensor praticasse ou deixasse de praticar certo ato (*e. g.*, deixar de cumprimentar C); o perdão que, resolutiva a condição, deixaria de ser, se o ofensor viesse a praticar ou deixar de praticar certo ato (*e. g.*, volver a cumprimentar a C); ou, num e noutro caso, se algum fato ocorresse, ou algum estado cessasse. Começou-se por apurar, antes, a natureza do perdão, e terminou-se por se atender, disse-se, ao lado prático da questão. Em verdade, não foi o que ocorreu. Caminhou-se em profundidade, analisando-se o perdão.

2. SOLUÇÃO DA QUESTÃO. – (a) A disposição a perdoar, o propósito de vir, algum dia, ou com a sucessão dos fatos, a perdoar, a própria tentativa de reconciliação, a inclinação a perdoar, não são, ainda, perdão. Nem no é o simples entendimento entre as duas pessoas em relação de ofensor e ofendido.

(b) O perdão tem conteúdo, e êsse conteúdo pode ser condicional, o que não é contra a natureza do perdão. Apenas o perdão sòmente *é* quando a condição se verifica. Se a condição é contra o caráter ético do conteúdo, como se a mulher perdoou o adultério do marido sob a condição de lhe comprar um cão (exemplo de G. LÜTTGERT, Die Verzeihung, *Zeitschrift für Kirchenrecht*, X, 98), ou sob a condição de lhe comprar uma jóia, a condição não é apanhada pela regra jurídica referente ao perdão (= considera-se não-condicional o perdão; cf. E. FREUDENBERG, *Die Verzeihung*, 67).

(c) A condição suspensiva e a reserva não podem atuar como algo pós-juridicização; e sim como elemento fáctico. Nada se reserva, ou suspende. Não é à eficácia que se dirige aquela, ou essa; é à existência mesma do perdão. Por isso, não há condição resolutiva do perdão (O. WARNEYER, *Kommentar*, II, 720): teria de aparecer após a juridicização, o que seria impossível, devido à natureza jurídica do perdão.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 246. B – Doutrina

A condição e o termo são elementos acidentais dos atos jurídicos.

Chama-se condição "a modalidade voluntária dos atos jurídicos que lhes subordina o começo e o fim dos respectivos efeitos à verificação, ou não verificação, de um evento futuro e incerto" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 250, n. 106).

Pontes de Miranda afasta a possibilidade da condição suspensiva no perdão. No entanto, admite a possibilidade do perdão ser condicional, isto é, valer quando a condição se verificar, desde que a condição não atinja o caráter ético de seu conteúdo.

Se o perdão é declaração de vontade, com a produção imediata de seus efeitos jurídicos, entendo impossível admitir-se a possibilidade de estar condicionada a evento futuro e incerto, muito menos a termo, como elementos acidentais dos atos jurídicos. O perdão existe pelo só fato da declaração de vontade de perdoar.

§ 247. FIRMEZA DO ASSENTIMENTO À INFRAÇÃO

1. A QUESTÃO DA REVOGABILIDADE. – Fala-se em revogação do assentimento à infração, de que surgiria fato jurídico; *e. g.*, ao adultério. Tal revogação não se pode dar, como se não revoga, *sequer*, o perdão. Revogar é retirar a *vox*; não há *vox* no assentimento à infração, de que surgiria a infração. Na doutrina e na jurisprudência alemãs, falou-se, e fala-se, de revogabilidade, por exemplo, do assentimento ao adultério, mas isso apenas denota que se não desceu ao fundo do problema. O assentimento, que se deu, excluiu os adultérios como suportes fácticos suficientes do fato jurídico do adultério: se foi assentimento especial, é, necessàriamente, limitado no tempo, de modo que a revogação apanharia atos que nenhuma relevância tiveram para o direito; se foi geral, não-limitado no tempo, *cessa* com a sua não-produção: cessar de assentir não é revogar; revogar é *menos* A, cessar de assentir é *não*-A. Os atos, que vinham sendo praticados e não eram suficientes para compor o suporte fáctico da infração, porque os apagava, ao longo do tempo, p assentimento a ela, não entraram agora no mundo jurídico; os que agora se praticam não sofrem desfalque pelo assentimento (pois que, *ex hypothesi*, assentimento não *mais* há) e entram no mundo jurídico. Assim, a jurisprudência alemã e a doutrina (*e. g.*, O. WARNEYER, *Kommen-*

tar, II, 703), que trataram da revogabilidade do assentimento à infração, de que surgiria o fato jurídico e, até, exigiram o ser expressa a declaração (Reichsgericht, 4 de novembro de 1901), destoaram de investigação científica do problema. Também a respeito da eficácia da propositura da ação de divórcio (ou, nos países que só têm o desquite, da ação de desquite), não foi feliz a jurisprudência alemã: o Reichsgericht, a 13 de abril de 1908, entendeu que tal propositura revogava, com efeitos jurídicos, o assentimento ao adultério. Ora, tal propositura só teria eficácia para o futuro; a figura não seria, pois, a da revogação, e sim a da cessação do assentimento.

2. TÊRMO E CONDIÇÃO. – O assentimento não pode ser condicional, nem a têrmo. Tão-pouco, caberia falar-se de anulabilidade por êrro, dolo, ou violência: se houve êrro, dolo, ou violência, assentimento não houve. Trata-se de dado fáctico, e não de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu*, a que se pudessem referir os arts. 81, 82, 86-94, 92-97, 98-101, 145-158; os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos nada têm com o plano da validade, só lhes interessa o da existência e da eficácia; *a fortiori*, os elementos fácticos que não são, sequer, fatos jurídicos. O assentimento a atos-fatos e a atos ilícitos, que, *por isso*, não se juridicizam, não são, sequer, fatos jurídicos: ficam do lado de fora do mundo jurídico, como simples suportes fácticos de regras jurídicas pré-excludentes.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 247. A – Legislação

Os arts. 81, 82, 86 a 94, 92 a 97, 98 a 101 e 145 a 158 do CC/1916 têm a seguinte correspondência no Código Civil vigente: (a) o art. 81 do CC/1916 não tem dispositivo correspondente; (b) o art. 82 do CC/1916 corresponde ao art. 104, I e II, do CC/2002; (c) os arts. 86 a 91 do CC/1916 correspondem aos arts. 138 a 142 do CC/2002; (d) os arts. 92 a 97 do CC/1916 têm correspondência com os arts. 145 a 150 do CC/2002; (e) os arts. 98 a 101 do CC/1916 correspondem aos arts. 151 a 155 do CC/2002; (f) os arts. 145 a 158 do CC/1916 têm correspondência com os arts. 166 a 182 do CC/2002, com exceção dos arts. 154, 155 e 156 do CC/1916 que não possuem dispositivos correspondentes no Código atual.

§ 247. B – Doutrina

Pontes de Miranda trata da revogação ou da cessação do assentimento à infração. Analisa, ainda, a impossibilidade do assentimento ser condicional ou a termo.

§ 248. QUASE-CONTRATOS

1. CONCEITO SUPERADO. – Diziam-se quase-contratos certos fatos jurídicos que produziam efeitos semelhantes aos dos contratos; mas o conceito foi superado. Apontavam-se, em geral, como espécies:

A) O enriquecimento *sine causa* ou *ex iniusta causa*, quer dizer o locupletamento pela diminuição na esfera jurídica de outrem, sem *base em direito*, ou de modo oposto ao direito (*ex iniusta causa*); *o* que dava àquele, à custa de quem se operou o enriquecimento, a *condictio* contra o enriquecido, que teria de prestar o com que se locupletou injustificadamente (no direito clássico, ainda não era o enriquecimento a medida da responsabilidade, o que só se firmou no Corpus Iuris, L. 15, pr., interpolada, D., *de condictione causa data causa non secuta*, 12, 4; cf. A. VON TUHR, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 7 s.; R. SOHM, *Institutionen*, 17.ª ed., 555). O enriquecimento podia ser pela aquisição de propriedade (*condictio rei*, inclusive *certae pecuniae*), de crédito abstrato (*condictio liberationis*, cf. H. H. PFLÜGER, Condictio *und kein Ende*, 74 s.) e de posse (*condictio possessionis*). Era preciso (e é) que se houvesse transferido a propriedade para que se desse a *condictio* (*rei*). Onde cabe a reivindicação, a propriedade não se transferiu; cabe a *condictio* (*rei*), se a reivindicação não cabe e estão satisfeitos os pressupostos daquela. *Rei vindicatio* e *condictio rei* excluem-se uma a outra. Quem perde a reivindicatória pode ir a juízo com a *condictio* (*rei*): ficou assente que há *titulus* e a aquisição é "indevida". Na *condictio*, desce-se à causa; a aquisição foi sem causa, ou de causa injusta. *a) A solutio indebiti* (pagamento indevido), pois que se solveu dívida que não existia, é *sine causa*. A dação *ob causam*, isto é, a entrega de bens com a expectativa de não se realizar acontecimento futuro, gera a *condictio ob causam datorum* (ou *condictio causa data causa non secuta*), se ocorreu o que se não esperava. No contrato real inominado (troca), o que já cumprira a sua prestação podia exigir o cumprimento da prestação do outro contraente (pela *actio praescriptis verbis*), ou, pela *condictio causa data causa non secuta*, a devolução (*ius paenitendi*, *condictio propter paenitentiam*, introduzida pelos compiladores, para simetria com a *actio fiduciae*, em caso de *mancipatio* e de *in iure cessio*, O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, 146 s., sem razão, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 771 s.). Idem, o dar inùtilmente, isto é, o dar para conclusão de negócio jurídico causal a que vem a faltar a manifestação de vontade (concordante) do outro (futuro) figurante. De um

lado, houve manifestação de vontade e o *dare*; do outro, não. Não seria possível ação para haver a coisa, fundada em negócio jurídico que se não concluiu; a *condictio sine causa* é que provia ao restabelecimento da justiça. Assim também, se a coisa não ia às mãos daquele a quem devera ir, e sim às de outrem. A *causa finita* (*e. g.*, a doação após a revogação) é caso de causa nenhuma; a *condictio sine causa* é a adequada. *b*) O enriquecimento com injusta causa (*ex iniusta causa*) supõe contrariedade a direito. No caso de furto, o proprietário tinha contra o ladrão a *condictio furtiva*, nome que vem dos tempos justinianeus, para haver a coisa ou a indenização (aliás, antes de PRÓCULO, não se exigia à *condictio rei* o ter-se transmitido a propriedade, e cabia o *dare oportere* ainda pelo ladrão, E. I. BEKKER, *Die Aktionen*, I, 105; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 58). O direito civil brasileiro, como o direito civil alemão, não mais tem a *condictio furtiva*. Não se propõe contra o ladrão a *condictio*, a ação de enriquecimento indevido (quase *ex contractu*); são de propor-se a ação de reivindicação e a de indenização pelo ato ilícito (art. 159). No direito anterior ao Código Civil, qualquer pessoa que tivesse interêsse em repetir o furto podia propor a *condictio furtiva* (MANUEL ÁLVARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses*, VI, 426: "...non est necesse, quod ille, apud quem res furata sit, sit dominus illius, vel non, dummodo illius intersit furtum non fuisse factum"). Advertimos, em 1918 (nota a CORREIA TELES, *Doutrina das Ações*, 259), que a ação de indenização a propor-se seria a de ato ilícito. O *dare ob turpem causam*, a entrega de bens cuja aceitação foi imoral, enseja a *condictio ob turpem causam*, para se pedir a devolução, salvo se também imoral a entrega (cf. Código Civil, art. 971). Se A foi obrigado a dar a B *x*, para resgate, condiciona por *x*; se A deu *a* para que B ateasse fogo nas matas de C, A não pode repetir. Também é *dare ex iniusta causa* pagar dívida de objeto proibido por lei (*e. g.*, juros de usura). As distincções datam dos compiladores bizantinos do Corpus Iuris (A. PERNICE, *Labeo*, III, 234 s.).

B) O Pretor romano introduziu a obrigação *ex quasi contractu* dos marinheiros, albergueiros e estalajadeiros pelo que receberam dos viajantes (*actio de recepto*). Inicialmente, *pactum praetorium*, fêz-se legal com Justiniano; no Corpus Iuris, tudo se passa como se contrato se houvesse concluído (cf. L. MITTEIS, Das *Receptum nautarum* in den Papyrusurkunden, *Verh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss.*, Phil.-Historische Klasse, 62, 270 s.). Não mais se pôs a cláusula. Ao contrário: a cada momento aparecia a cláusula excluindo a fôrça maior (P. Oxyrhynchus, I, 144, ano de 580).

Donde dever-se concluir que, no direito pós-justinianeu, a responsabilidade compreendia a responsabilidade pela fôrça maior e só a cláusula podia excluí-la. Se foi (LUSIGNANI, *Studi sopra la responsabiltà per custodia secondo il diritto romano*, I, 25 s.; L. MITTEIS, *Das Receptum nautarum*, 270 s.), ou não, reforma justinianéia (COSTA, I contratti di lavoro nei papiri greco-egizii, *Memorie di Bologna*, VI, 12 s.), ainda é difícil decidir-se.

Recebemos, no direito anterior ao Código Comercial, tal ação de recepto, que se procurava fundar nas Ordenações, Livro V, Título 74, e para a qual se invocavam a L. 1, § 8, e a L. 2, D., *nautae caupones stabularii ut recepta restituant*, 4, 9. MANUEL ÁLVARES PÊGAS (*Resolutiones Forenses*, I, 123 s.) frisava a culpa levíssima: ainda que haja a entrega de chaves ao viajante ou hóspede, respondia; não se eximia protestando não se responsabilizar, pois que é adstrito a responder aquêle que transporta, ou hospeda, pôsto que, antes de receber o viajante, ou hóspede, pudesse não no querer (sed post susceptum nequeunt hospites reiicere). MELCHIOR FEBO (*Decisiones*, d. 149, 28) serviu-lhe de base.

Não temos, hoje, a ação de recepto. Os sistemas jurídicos conceberam o transporte e a hospedagem como contratos, ainda quando tenham de ser contratos de adesão. A lei mesma põe o dever e a obrigação de concluir o contrato; de regra, como corolário da situação especial da exploração de serviços que se hão de prestar ao público. Isso não quer dizer que os deveres e obrigações do transportador ou hospedeiro não derivem da "aquisição" do bilhete, ou da passagem, ou da inscrição na portaria do hotel, ou entrega, ainda simbólica, das chaves.

A objeção maior é a de ter o correio de remeter a carta que o absolutamente incapaz lhe entrega; porém êsse argumento não exclui, de si só, que se trate de contrato: tem-se de entender que o absolutamente incapaz apenas foi o portador material, e presume-se que o seu representante esteja informado, tal como acontece com as cartas que o diretor das casas de saúde permite que o mentalmente insano ou qualquer dêles ponha na caixa do correio.

C) A *negotiorum gestio*, ou trato de interêsses alheios sem qualquer mandato, ou missão, criava e cria relação jurídica semelhante à do mandato. O dono do negócio tinha, em direito romano, direito a que o manejo dos seus interêsses fôsse com *omnis diligentia*. A êsse direito correspondia a *actio negotiorum gestorum directa*. As mais recentes investigações são no sentido de ter-se começado pela gestão de negócios processuais do amigo ausente (cf. J. PARTSCH, Studien zur *negotiorum gestio*, *Heidelb. Akademie*

der Wissenschaft, 12 Abh.). Depois, através de *utiles actiones*, foi que se chegou a configuração geral do instituto. O mandatário tem todo poder que se compreenda no seu mandato; o gestor de negócio só o tem para o que fôr útil ao *dominus negotii*. Bastaria ser *utiliter coeptum*; não precisaria que também o fôsse o resultado (cf. arts. 1.331 e 1.339). A gestão contra a vontade do dono do negócio é ato ilícito, *inutiler gestum*; mas pode dar-se responsabilidade pelo enriquecimento (arg. ao art. 1.340).

D) A comunhão *pro indiviso* (comunhão em partes ideais, *pro partibus indivisis*) tem parecenças com a sociedade. Por isso foi considerada quase-contrato, se incidente (chamada *communio incidens*). Cada um tinha obrigação à divisão, salvo contrato de exclusão da divisão (L. 14, § 2, D., *communi dividundo*, 10, 3) "intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest" (dentro em certo tempo, que aproveite à qualidade da própria coisa). Diferente, o Código Civil alemão, § 749, que apenas ressalva a denúncia cheia; mais determinado, pelo princípio de sub-rogação do qualitativo pelo quantitativo (técnica legislativa), o art. 629, parágrafo único (têrmo de cinco anos, susceptível de prorrogação ulterior).

E) A herança, antes da partilha, também se tinha como quase-contrato. A concepção romana da sucessão levara a isso.

F) À *facultas exhibendi* do obrigado à exibição correspondiam a pretensão e a ação do que tinha interêsse na exibição (*actio ad exhibendum*). Nem todos os que poderiam exibir estão obrigados a isso. Entendia-se que há, se obrigação existe, quase-contrato.

2. TERMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA. – Já hoje a expressão "quase-contrato" é pouco usada e desaconselhada. Por outro lado, imprópria, porque de modo nenhum se há de pensar, nas espécies, de quase-contratar. A classificação dos fatos jurídicos, a que procedemos, é exaustiva; e os chamados quase-contratos espalharam-se por algumas classes.

Panorama atual pelo Atualizador

§ 248. A – Legislação

Os arts. 629, parágrafo único, 1.331, 1.339 e 1.340 do CC/1916 têm correspondência nos arts. 1.320, 861, 869 e 870 do CC/2002, respectivamente.

§ 248. B – Doutrina

O termo "quase-contrato" é conceito superado.

Nossos antigos civilistas *se referiam ao* "quase-contrato" por influência do Código Civil francês (arts. 382, 1.001 e 1.371) que a ele fazia referência.

"Pothier definia o quase-contrato como 'o fato de uma pessoa (fato voluntário) que o obriga perante outra, ou a esta obriga perante aquela, sem que entre as mesmas intervenha *qualquer convenção*'". Exemplificava com os casos de pagamento indevido, gestão de negócios e aceitação de herança. Diversos juristas franceses censuravam a denominação "quase-contrato" e diziam: "'não se pode, em uma classificação, aproximar dois conceitos tomando-se por base o que falta em um deles' (*isto é, o consentimento*); 'ademais, o Código pretende distinguir os quase-contratos das obrigações que só resultam da autoridade da lei, pela circunstância de comportarem um fato pessoal voluntário de quem se acha obrigado (...), mas aquele cujo negócio é gerido por outrem fica obrigado sem nada *haver feito e quem recebe um pagamento indevido não quer obrigar-se a restituir*'" (RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 24-25, n. 2, nota 1).

Daí porque, uma vez se tratando de expressão imprópria, a doutrina moderna aboliu o uso da expressão "quase-contrato".

BIBLIOGRAFIA DO TOMO II

(Sòmente dos livros consultados)

455. ABELLO, LUIGI, Trattato della locazione, *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* (P. FIORE e B. BRUGI), Napoli-Torino, 1915-1922, I-IV, 2.ª ed.

456. ADAMKIEWICZ, Der Niessbrauch am Bruchteil (O *Usufruto na fração*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 31 (1907), 21-44.

457. AFFOLTER, A., *Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte* (Para a Doutrina do Negócio jurídico), Solothurn, 1888.

458. AFFOLTER, F., Der körperliche Gegenstand und die Bestandteile einer Sache im BGB. (*O Objeto corpóreo e as Partes integrantes da coisa no Código Civil*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12 (1907), 930-935.

459. _____. *Das Fruchtrecht* (O Direito de fruto), München, 1911.

460. AHSBAHS, LEO, *Die Grundlinien des Notwehrrechts* (As Linhas Fundamentais do Direito de legítima defesa), Kiel, 1903.

461. ALBERTI, OTTO VON, *Nothwehr heute und in den Volksrechten* (Legítima defesa hoje e nos direitos populares), Stuttgart, 1898.

462. _____. *Das Notwehrrecht* (O Direito de legítima defesa), Stuttgart, 1901.

463. ALEXANDER, ERICH, *Die rechtliche Natur der Erfüllung* (A Natureza jurídica do Adimplemento), Rostock, 1902.

464. ALMEIDA E SOUSA, MANUEL DE, *Fascículo de Dissertações Jurídico-práticas*, Lisboa, 1829, I; 1849, II; 1826, III.

465. _____. *Tratado prático de Morgados*, Lisboa, 1841, 3.ª ed.

_____. *Notas de Uso prático*, Veja n. 6.

466. ANDREOLI, G., *Le Pertinenze*, Padova, 1936.

467. ANTON, HEINRICH, *Geben positive Vertragsverletzungen des Gegnera ein Rücktrittsrecht?* (Dão direito de resolução violações positivas do contrato pelo adverso?), Namslau, 1905.

468. AUERBACH, J., *Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes* (Características e importância da Posse própria), Leipzig, 1905.

469. BÄHR, O., Über Irrungen im Kontrahiren (*Sôbre Enganos no contratar*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 14 (1870), 393-427.

470. BARTELS, (L. F. A. E.), Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. (*Explanações para a Teoria da posse do Código Civil*), *Gruchots Beiträge*, 42 (1898), 645-683.

471. BAUMANN, H., *Die Notstandsbestimmungen des BGB. in ihren Beziehungen z. Straf GB.* (As Determinações de Estado de necessidade do Código Civil em suas relações com o Código Penal), 1904.

472. BEER, L., *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten* (A Consignação com fito de liberação da vinculação por dívida), Leipzig, 1900.

473. BEHR, ALBERT, Zwei Streitfragen aus dem materiellen und prozessualen Eherecht (*Duas controvérsias em Direito matrimonial material e processual*), *Archiv für Bürgerliches Recth*, 25 (1905), 11-61.

474. BEHREND, H., *Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage* (A Concorrência da ação contratual com a ação de delito), Greifswald, 1900.

475. BEKKER E. I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts* (As Ações do direito romano), Berlin, 1871, I (Ius civile); 1873; II (Prätorisches, richerliches, keiserliches Recht).

_____. *System*, veja n. 28.

476. _____. Zur Reform des Besitzrechts (*Para a reforma do Direito de posse*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 30 (1891), 235-362.

477. _____. Sprachliches und Sachliches (*Lingüístico e objetivo para o Código Civil*), *Jherings Jahrbücher*, 49 (1905), 1-58.

_____. *Grundbegriffe*, veja n. 30.

478. BELLERMANN, W., *Der Erbschaftsanspruch bei Erbschaftsäusserungen* (A Pretensão de herança nas alienações da herança), Berlin, 1910.

479. BENTO PEREIRA, *Promptuarium iuridicum*, Ulysipone, 1664.

480. BERNER, OTTO, *Verrechnung von Zahlungen, Imputation des paiements, Appropriation of payments*, Göttingen, 1892.

481. BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1926, 11.ª ed.

482. BETTMANN, H., *Die Mahnung* (A Interpelação), Bonn, 1896.

BEYER, R., *Die Surrogation*, veja n. 38.

483. BIANCHI, FRANCESCO SAVERIO, *Corso di Diritto civile italiano*, Torino, 1888-1922, I-IX.

BIERLING, E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, veja n. 40.

BIERMANN, J., *Sachenrecht*, veja n. 41.

484. _____. *Die öffentlichen Sachen* (As Coisas públicas), Giessen, 1905.

_____. *Bürgerliches Recht*, veja n. 42.

485. BINDER, J., Der gegenstand, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 59, 1 s.

_____. *Die Rechtsstellung des Erben*, veja n. 44.

486. _____. Vermögensrecht und Gegenstand (*Direito patrimonial e Objeto*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 34 (1910), 209-260.

487. BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung* (As Normas e a sua violação), Leipzig, 1872, I; 1877, II; 1890, I, 2.ª ed., 1915, 3.ª ed., I; 1915, II, 2.ª ed., 1919, IV, *1*; 1920, IV, *2*.

_____. *Handbuch*, veja n. 46.

488. _____. *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrecht* (Lineamentos do Direito penal comum alemão), Leipzig, 1890, I, 4.ª ed.; 1896, II.

489. BLUME, W. VON, Das Recht des Anlieger an öffentlichen Strassen (*O direito do Confinante com ruas públicas*), *Festgabe für* J. T. SCHIRMER, Königsberg, 1900, 101 s.

490. _____. Vertragshaftung und Deliktshaftung (*Responsabilidade contratual e responsabilidade delitual*), *Das Recht*, IX (1905), n. 18.

491. _____. Fragen des Totenrechts (*Questões de direito do morto*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 112 (1914), 367-427.

_____. *Das Familienrecht*, veja OPET, O., n. 794.

492. BOEHMER, G., *Der Erfüllungswille* (A Vontade de adimplir), München, 1910.

493. BOLAFFIO, L'art. 36 del nuovo codice di commercio e i contratti per telefono, *Archivio Giuridico*, 29, 520 s.

494. BONFANTE, PIETRO, *Corso di Diritto romano*, Roma, 1926, I-II, *1* (Famiglia); 1928, II, *2* (Proprietà); 1929, III (Diritti reali), 1930, VI (Successioni, Parte generale).

495. _____ e MAROI, FULVIO, Notas a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, V, 146-714.

496. BORGES CARNEIRO, MANUEL, *Direito Civil de Portugal*, Lisboa, 1851, I; 1858, II-IV.

497. BRAENDLE, *Die scheinbaren Grundstücksbestandteile* (As Partes integrantes aparentes do imóvel), 1906.

498. BRASSLOFF, ST., *Festschrift für* BORMANN, Wien.

BREIT, J., *Die Geschäftsfähigkeit*, veja n. 53.

499. _____. Zur Lehre vom Rechtsgeschäft (Para a Teoria do Negócio jurídico). I. Das "einseitige" Rechtsgeschäft (O Negócio jurídico "unilateral"), *Sächsisches Archiv*, 13 (1903), 283-314. II. Der Zeitpunkt der "Vornahme" eines empfangsbedüfftigen Re-

chtsgeschäfts unter Abwesenden (O Momento da "Tomada" do Negócio jurídico receptício entre ausentes), 313-327. Também 15 (1905), 165 s. e 637 s.

500. BREITENSTEIN, B., *Haftung für fremdes Verschulden nach dem BGB.* (Responsabilidade por culpa alheia segundo o Código Civil), Leipzig, 1903.

501. BRISSONIUS, B., *Opus de verborum, quae ad ius civile pertinet, significatione, seu Lexicon iuridicum studio*, Halae, 1743.

502. BRODMANN, E., Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers (*Sôbre a responsabilidade pela negligência, particularmente sôbre a responsabilidade do barqueiro*), *Archiv für civilistische Praxis*, 99 (1906), 327-406.

_____. *Kommentar*, veja PLANCK, G.

503. BROMBERG, ERWIN, *Die Schriftform im Bürgerlichen Gesetzbuch* (A Forma escrita no Código Civil), Borna-Leipzig, 1906.

504. BRÜTT, L., *Die Kunst der Rechtsanwendung* (A Arte da Aplicação do Direito), Berlin, 1907.

505. BRUGI, BIAGIO, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani*, Verona, 1897.

506. BRUNNER, H., Quellen und Geschichte, FR. VON HOLTZENDORFF, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1882, 4.ª ed.; 1889-1890, 5.ª ed.

BRUNS, C. G., *Encyklopädie*, veja n. 58.

507. BRUNS, GEORGIUS, *Quid conferant Vaticana Fragmenta ad melius cognoscendum Ius Romanum*, Tubingae, 1842.

508. BRUNS, V., *Besitzerwerb durch Interessenvertreter* (Aquisição da posse pelo representante de interêsses), Tübingen, 1910.

509. BUCHHOLTZ, A. A. VON, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen Römischen Rechtes* (Ensaios sôbre partes distintas da teoria do direito romano hodierno), Berlin, 1831.

510. BÜLDT, *Der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen* (O Usufruto em coisas consumíveis), Leipzig, 1904.

511. BÜLOW, O., Über den Begriff des gerichtlichen Geständnisses (*Sôbre o Conceito de Confissão judicial*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 88 (1898), 317-358.

512. BÜRGNER, *Das Verhältniss des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Vertragsanspruch* (A relação da Pretensão derivada do ato ilícito com a Pretensão contratual), Heidelberg, 1909.

513. BUNSEN, F., Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen (Para a *teoria dos Produtos não-separados*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 29 (1906), 11-45.

514. BURI, M. VON, Notstand und Notwehr (*Estado de necessidade e Legítima defesa*), *Gerichtssaal*, 30 (1878).

515. BUSCH, ERLER, LOBE, MICHAELIS, OEGG, SAYN, SCHLIEWEN, SEYFFARTH, *Bas Bürgerliche Gesetzbuch* mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (O Código Civil com particular referência à jurisprudência do Tribunal Federal), Berlin und Leipzig, 1929, I-V, 7.ª ed. É o comentário do Código Civil feito pelos membros do Tribunal Federal.

516. BUSCH, F. B., Noch ein Beitrag zum Telegraphenrecht (*Ainda uma Contribuição do Direito do telégrafo*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 45 (1862), 1-26.

517. CAMMEO, F., *Corso di Diritto amministrativo*, Padova, 1914, I-II.

518. CAPITANT, H., Essai sur la subrogation réelle, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1919.

519. CARDOSO DO AMARAL, ANTÔNIO, *Summa seu Praxis Iudicum*, Ulyssipone, 1610.

520. CARVALHO, CARLOS DE, *Nova Consolidação das Leis Civis*, Rio de Janeiro, s.d.

521. CARVALHO DE MENDONÇA, M. I., Contratos *no Direito Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1911, I-II.

522. CASSIN, R., *De l'Exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (exception "non adimplati contractus") *et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914.

523. CHIOVENDA, GIUSEPPE, *Principii di Diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 4.ª ed.

524. CLAPARÈDE, H. DE, *Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge mit besonderer Berücksichtigung des BGB. und des Schweizerischen Obligationenrechts* (Contribuições à teoria da Mora de prestação, com particular referência ao Código Civil e ao Direito das Obrigações suíço), Genf, 1903.

Codex Theodosianus, veja n. 72.

525. COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de Direito Civil português*, Coimbra, 1852, I-II, 3.ª ed.

COHN, G., *Handbuch*, veja ENDEMANN, W.

526. COHN, WILLY, *Das Zugehen der Willenserklärung* (A Chegada da Declaração de vontade), Berlin, 1910.

527. COLLINET, P., *Etude sur la Saisie privée*, Introduction (Droit romain), Paris, 1893.

528. _____. *La Saisie privée, Chartes et coutumes du nord de la France*, Paris, 1893.

529. CORREIA TELES, JOSÉ HOMEM, *Doutrina das Ações*, Lisboa, 1824; Rio de Janeiro, 1918 (ed. PONTES DE MIRANDA).

COSACK, KONRAD, *Lehrbuch*, veja n. 74.

530. COSTA, E., I contratti di lavoro nei papiri greco-egizii, *Memorie R. Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, Sez. Giuridica, Serie I, Tomo VI (1911-1912), 63-76.

531. COVIELLO, NICOLA, *Manuale di Diritto civile italiano*, Parte Generale, Milano, 1929, 4.ª ed. (rev. por L. COVIELLO).

532. CRAMER, K. E., *Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht* (O Trato do Cadáver humano no direito civil e no penal), Zürich, 1885. Talvez o primeiro estudo (p. 44s.) sôbre o direito de enterramento (inumação).

533. CRÉMIEU, L., *La Justice privée*, Paris, 1908.

CROME, C., *System*, veja n. 75.

534. CURTI-FORRER, EUGÈNE, *Commentaire du Code Civil suisse*, trad. de l'allemand par MAX-E. PORRET, Neuchatel, 1912.

535. CZYHLARZ, K., *Das römische Dotalrecht* (O Direito dotal romano), Giessen, 1870.

_____. *Ausfürhrliche Erläuterung*, veja n. 127.

536. DANNENBAUM, *Notrecht* de lege ferenda, Diss., 1901.

537. DAVID, ALBERT, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (*Estôrvo na entrega de Declaração receptícia de vontade*), *Gruchots Beiträge*, 46 (1902), 232-241.

538. DAVIDSON, C., *Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB*. (O Direito de divórcio segundo o Código Civil), Berlin, 1900.

539. DEMOGUE, RENÉ, *Les Notions fondamentales du Droit privé*,. Paris, 1910.

540. _____. *Traité des Obligations en général*, Paris, 1923, I-III, 1924, IV-V, 1932, VI.

541. DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1880, I; 1881, II; 1880-1881, III-IV; 1881, V; 1882, VI; 1880, VII-VIII; 1880-1881, IX-X (IX, 2.ª ed.); 1880-1881, XI-XII; 1879-1880, XIII-XVII; 1880-1895, XVIII-XXIII; 1880-1895, XXIV-XXXI; 1896, XXXII (P. GRÉVIN); 6.ª ed.

542. DERNBURG, H., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* (O Direito de penhor segundo os princípios básicos do direito romano hodierno), Leipzig, 1860, I; II, 1864.

543. _____. *Lehrbuch dea Preussischen Privatrechts* (Tratado de Direito Privado prussiano), Halle, 1881-1884, I-III, 3.ª ed.; 1894, 5.ª ed., I-III.

_____. *Pandekten*, veja n. 83.

_____. *Das Bürgerliche Recht*, veja n. 84.

DITTENBERGER, H., *Der Schutz des Kindes*, veja n. 86.

544. DONELO, HUGO, *Commentarii de iure civili*, ed. sexta, Norimbergae, 1822, I-V; 1823, VI; 1824, VII; 1825, VIII; 1827, IX-X; 1828, XI; 1829, XII; 1830, XIII-XIV; 1833, XV; 1834, XVI.

545. DRECHSLER FR., *Über den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen* (Sôbre Reparação do dano nos Contratos nulos), Würzburg, 1873.

546. EBBECKE, Besitzstand (*Estado possessório*), *Das Recht*, IX (1905), 265 s.

547. EBEBHARD, Zinzen (*Juros*), *Gruchots Beiträge*, 55 (1911), 472.

ECK, E., *Sammlung*, veja n. 88.

548. EHRENBERG, V., *Handbuch des gesamten Haldelsrechts* (Manual do Direito comercial comum), Leipzig, 1913, I; 1918, II; 1916, III; 1917, IV, *1*; 1916, V, *1*; 1918, V, *2*; 1918, VII, *1*.

549. EISELE, FR., *Über das Rechtsverhältnis der* res publicae in publico usu *nach römischem Recht*, Acadm. Progr., 1873.

ELTZBACHER, P., *Die Handlungsfähigkeit*, veja n. 95.

550. _____. *Die Unterlassungsklage* (A Ação de abstenção), Berlin, 1906.

551. ELVERS, R., *Die römische Servitutenlehre* (A Teoria romana das Servidões), Marburg, 1856.

ENDEMANN, F., *Einführung*, veja n. 96.

_____. *Lehrbuch*, veja n. 97.

552. ENDEMANN, W., *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts* (Manual de Direito comercial, marítimo e cambiário), Leipzig, 1881, I-IV.

ENGELMANN, TH., *Familienrecht*, veja *J. von Staudingers Kommentar*, n. 884.

553. ENNECCERUS, L., *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (Negócio jurídico, Condição e Têrmo inicial), Marburg, 1889.

_____. *Lehrbuch*, veja n. 99.

554. *Entwurf eines bürgerlichen Getsetzbuches für das Deutsche Reich* (Projeto de Código Civil para o *Reich* alemão), Berlin, 1888, edição oficial. Cita-se: I Projeto.

555. ERLER, J., *Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess einschliesslich der Nichtigkeitserklärung der Ehe* (Direito de divórcio e processo de divórcio, inclusive declaração de nulidade), Berlin, 1900, 2.ª ed.

556. EXNER, FRANZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit* (A Essência da Negligência), Wien, 1910.

557. FADDA, CARLO, e BENSA, P. EMÍLIO, notas a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, IV e V.

558. FEBO, MELCHIOR, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, Ulyssipone, 1619, 1625; 1672; 1678; 1713; I-II, 3.ª ed. (anotada, provàvelmente por JOSÉ DOS SANTOS PALMA); Conimbricae, 1736.

FEDER, ERNST, *Verantwortlichkeit*, veja n. 103.

559. FERRARA, FRANCESCO, *Trattato di Diritto civile*, Roma, 1921, I.

560. FERRINI, CONTARDO, *Marmale di Pandette*, Milano, 1900; 1908, 3.ª ed.

561. FILOMUSI-GUELFI, FRANCESCO, *Diritti reali ad uso di lezioni*, Roma, 1910, 2.ª ed.

562. FISCHER, H. A., *Vis maior* im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung (Vis maior *conjuntamente com impossibilidade da prestação*), *Jherings Jahrbücher*, 37 (1897), 199-300.

563. _____. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* (O ser contra direito, com particular referência ao direito privado), München, 1911.

564. FISCHER, O. CHR., *Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung* (A Violação do direito do credor como ato ilícito), Jena, 1905.

565. FISCHER, OTTO, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften* (Impossibilidade como fundamento de nulidade nas sentenças e nos negócios jurídicos), München, 1912.

566. _____. *Zweiter Beitrag*, 1913.

567. _____ e HENLE, W., *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil), München, 1897; 1898, 2.ª ed.; 1912, 9.ª ed.

568. FÖRTSCH, (R.), Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Prosess und die Prosessvollmacht (*As Declarações de vontade receptícias no Processo e a Procura Processual*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, IV (1899), 489-491 s.

569. FRANK, REINHARD, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (O Código Civil para o *Reich* alemão), Tübingen, 1905, 5.ª ed.; 1926, 17.ª ed.; 1929, 18.ª ed.

570. FREUDENBERG, EDUARD, *Die Verzeihung nach den Bestimmungen des BGB.* (O Perdão segundo as determinações do Código Civil), Berlin, 1903.

571. FRIEBE, *Ist zum Eigenbesitz der sogen.* animus domini *erforderlich*? (¿É necessário à Posse própria o chamado *animus domini*?), Breslau, 1905.

FRIEDMANN, FRITZ, *Rechtshandlung*, veja n. 109.

572. FROMHERZ, P., Haftet der Arzt aus Schmerzensgeld (*Responde o médico por indenização do ferimento*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 108 (1912), 435-457.

573. FUCHS (de Marburg), Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht (*Algumas questões de Direito do Telégrafo*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 43 (1860), 94-102.

574. FUCHS, EUGEN, *Das Wesen der Dinglichkeit* (A natureza da Qualidade de real), Berlin, 1889.

575. _____. *Grundbegriffe des Sachenrechts* (Conceitos fundamentais do Direito das coisas), Berlin, 1917.

576. FUNKE, G. L., *Die Lehre von den Pertinenzen, aus der Natur der Sache und dem römischen Rechte, mit Rücksicht auf das heutige Maschinen-Wesen entwickelt* (A Teo-

ria das Pertenças, desenvolvida desde a natureza das coisas e do direito romano, com referência à maquinaria hodierna), Chemnitz, 1827. De alta importância histórica.

577. GALVANUS, M. A., *De Usufructu dissertationes variae*, Tubingae, 1788, ed. nova.

578. GABEIS, KARL, *Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches* (A Parte Geral do Código Civil), Berlin, 1900.

579. _____. Das Recht am menschlichen Körper (*O Direito ao corpo humano*), *Festgabe für* JOHANN THBODOR SHIRMER, Königsberg, 1900.

580. _____. Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten (*Sôbre relações jurídicas quanto a cemitérios*), *Seufferts Blätter für Rechtsanwendung*, 70 (1905), 308 s.

581. GESTERDING, F. C., *Entwickelte Lehre vom Eigentum, nach Grundsätzen des römischen Rechts* (Teoria desenvolvida da Propriedade, segundo os princípios fundamentais do direito romano), Greifswald, 1817.

582. _____. *Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten* (Velhos e novos Erros dos Juristas), Greifswald, 1818.

583. GIERKE, O. VON, Der Entwurf eines BGB. (*O Projeto de Código Civil*), *Schmollers Jahrbücher*, 12 (1888), 843-904, 1179-1265, 13 (1889), 183-322, 723-946.

_____. *Deutsches Privatrecht*, veja n. 122.

584. _____. Dauernde Schuldverhältnisse (*Relações duradouras de dívida*), *Jherings Jahrbücher*, 64 (1914), 355-411.

585. GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris, 1906, 4.ª ed.; 1924, 7.ª ed.

GLÜCK, CH. FR., *Ausfürliche Erläuterung*, veja n. 127.

586. GNEIST, H. R., *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts* (Os Contratos formais do novo direito romano das obrigações em comparação com as formas negociais do direito grego), Berlin, 1845.

587. GÖPPERT, H., *Über die organischen Erzeugnisse* (Sôbre os Produtos orgânicos), Halle, 1869.

588. _____. *Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammt- Sachen nach römischem Recht* (Sôbre Coisas unitárias, co-ligadas e coletivas segundo direito romano), Halle, 1871.

589. GÖSCHEN, J. FR., *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht* (Preleções sôbre o Direito civil comum), Göttingen, 1843, 1-3 ed.

590. GOLDBERGER, J. T., *Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehre mit Nichtbevollmächtigten nach Bürgerlichem Gesetzbuch* (A Proteção dos terceiros de boa fé no trato com o não investido de poderes, segundo o Código Civil), Berlin, 1908.

GOLDMANN, E., e LILIENTHAL, H., *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, veja n. 129.

591. GOLDSCHMIDT, L., *Handbuch des Handelsrechts* (Manual de Direito comercial), Stuttgart, 1875, I, *1*, 1891, 3.ª ed.; Erlangen, 1868, *2*, Stuttgart, 1883 (com a indicação de II).

592. GOTTSCHALCK, H., *Die empfangsbedürftige Willenserklärung nach dem BGB.* (A Declaração receptícia de vontade segundo o Código Civil), Hamburg, 1903.

593. GRADENWITZ, O., *Über den Begriff der Voraussetzung* (Sôbre o Conceito de Pressuposição), Berlin, J880.

_____. *Interpolationen in den Pandekten*, veja n. 133.

594. GRAWINKEL, *Lehrbuch der Telephonie und Mikrophonie*, Berlin, 1884.

595. GROSS, H., *Die Verschuldung des Notstandes und ihre strafrechtliche Bedeutung* (A Falta por Estado de necessidade e sua importância em direito criminal), Tübingen, 1899.

596. GRUCHOT, J. A., *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschem Rechte* (A Teoria do Pagamento da dívida pecuniária segundo o hodierno direito alemão), Berlin, 1871.

597. GUILLOUARD, L., *Traité du Droit de rétention*, Paris, 1895.

598. HABICHT, H., Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung (*O Estôrvo na entrega da Declaração de vontade*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, VI (1901), 265-268.

HACHENBURG, M., *Vorträge*, veja n. 136.

599. HÄRLIN, J. G. B., *Rechtliche Abhandlung von der stillschweigenden Einwilligung* (Dissertação jurídica do Assentimento tácito), Ulm, 1814.

600. HAGEN, W. Von, *Die sogenannte* Culpa in concreto *nach bürgerlichem Gesetzsbuch* (A chamada *Culpa in concreto* segundo o Código Civil), Berlin, 1901.

601. HAGER, L. W., *Schikane und Rechtsmissbrauch* (Chicana e Abuso do direito), München, 1913.

602. HALVEN, HERMANN, *Über den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen* (Sobre a Reparação do dano oriunda de Contratos nulos), Hamburg, 1895.

603. HANAUSECK, G., *Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch* (A Teoria do Usufruto impróprio), Erlangen, 1879. Insuperado estudo do D., *de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur*, 7, 5. Código Civil, art. 726.

604. HARTMANN, G., Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweidenden Konsens (*Obra e Vontade no chamado consenso tácito*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 72 (1888), 161-256.

605. HASENÖHRL, V., *Das österreichische Obligationenrecht* (O Direito austríaco das Obrigações), Wien, 1881, I; 1890, II; 1892, I, 2.ª ed.

606. HASSE, J. CHR., *Die* Culpa *des römischen Rechts* (A *Culpa* do Direito romano), Kiel, 1825; Bonn, 1838.

607. HATSCHEK, JULIUS, *Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts* (Tratado de Direito administrativo alemão e prussiano), Leipzig, 1927, 5.ª-6.ª ed. (PAUL KURTZIG)

608. HAVER, RUDOLF, *Der Selbsthilfeverkauf nach dem BGB.* (A Venda em justiça de mão própria, segundo o Código Civil), Borna-Leipzig, 1908.

609. HAYMANN, FR., *Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf* (Impugnação, Garantia pelo vício da coisa e Adimplemento contratual na Compra-e-venda), Berlin, 1913.

610. HEDEMANN, J. W., Civilistische Rundschau (*Recenção civilística*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25 (1905), 326-402.

611. HEILBORN, ERNST, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung* (A fôrça, formativa de direito, da conexão corporal), Breslau, 1909. Tentou introduzir o conceito de valor, que nada tem com a conexão corporal, o que o levou a pensar, erradamente, em fim subjetivo (p. 104), a propósito do § 95 do Código Civil alemão.

612. HEIMBACH, G. E., *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten* (A Doutrina do Fruto segundo os direitos comuns vigentes na Alemanha), Leipzig, 1843.

613. HELD, PH., *Die Lehre vom* ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur, Würzburg, 1848.

HELLMANN, FR., *Vorträge*, veja n. 150.

_____. *Zur Lehre von der Willenserklärung*, veja n. 151.

HELLWIG, K., *Die Verträge*, veja n. 152.

_____. *Lehrbuch*, veja n. 154.

_____. *Anspruch und Klagrecht*, veja n. 156.

614. _____. Gesetzkonkurrenz und Tierhaftung (*Concorrência de lei e responsabilidade pelo animal*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11 (1906), 1289-1291.

615. HENLE, R., *Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung* (A Teoria da representação e a Teoria da vontade na doutrina da declaração jurídica de vontade), Leipzig, 1910.

616. HENRY, A., *De la Subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Nancy, 1913.

617. HEPP., E., *De la Correspondance privée postale et télégraphique dans les rapports avec le droit civil, le droit commercial, le droit admmistratif et le droit pénal*, Paris, 1864.

618. HEROLD, KARL, *Die Sachen des § 95 BGB.* (As Coisas do § 95 do Código Civil), Nürenberg, 1910.

619. HERRNRITT R.H., *Grundlehren des Verwaltungsrechts* (Teorias fundamentais do Direito administrativo), Tübingen, 1921

620. HERTZ, W., *Die Zahlung einer fremden Schuld* (O Pagamento de dívida alheia), Berlin, 1894.

621. HEUMANN, H. G., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechtes* (Léxico manual para as Fontes do Direito romano), Jena, 1891, 7.ª ed. (A. THON); 9.ª ed., 1914 (E. SECKEL).

622. HEUSLER, A., Die Grundlagen des Beweisrechtes (*Os Fundamentos do direito da prova*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 62 (1879), 209-319.

623. HEYER, F., Die Selbsthülfe (*A Auto-ajuda*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 19 (1901), 38-113.

624. HEYMANN, E., Das *Verschulden beim Erfüllungsverzug* (A Culpa na mora de adimplemento), Marburg, 1913.

625. HEYNE, *Commentatio de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus*, Dresdae et Lipsiae, 1840.

626. HIMMELSCHEIN, J., *Beiträge zur der Lehre vom Rechtsgeschäft* (Contribuições à Teoria do Negócio jurídico), Mannheim, 1930.

627. HIPPEL, ROBERT VON, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (O limite entre Intenção e Negligência), Leipzig, 1903.

_____. Veja *Vergleichende Darstellung.*

628. HIRSCH, HANS, Die vorläufige Eigentümerhypothek (*A Hipoteca prévia do proprietário*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 25 (1905), 222-254.

629. _____. *Die Übertragung der Rechtsausübung, Vervielfältigung der Rechte* (A Transmissão do Exercício do direito, Multiplicação dos direitos), Berlin, 1910.

630. HIRSCH, P., *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge* (Para a Revisão da Teoria da Mora do credor), Leipzig, 1895.

631. HIRSCHLAND, K., *Bestandteile einer Sache und Zubehör nach gemeinem Recht und nach dem BGB.* (Partes integrantes de coisa segundo o direito comum e segundo o Código Civil), Jena, 1905.

HÖLDER, E., *Pandekten*, veja n. 160.

_____. *Allgemeiner Teil*, veja n. 161.

632. _____ Die Normierung der Verjährung (*A Regulação da Prescrição*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 11 (1896), 217-250.

633. _____. Über Ansprüche und Einreden (*Sôbre Pretensões e Exceções*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 93 (1902), 1-130.

634. _____. *Zur Theorie der Willenserklärung* (Para a Teoria da Declaração da vontade), Leipzig, 1905.

635. HOFFMANN, *Die Entwicklung des Deutschen Reichs-Telegraphenivesens seit dem Jahre 1879* (A Evolução do Direito imperial alemão de Telegrafia desde o ano de 1879), Berlin, 1880.

636. HOFFMANN, GEORG, *Die verbrauchbaren Sachen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (As Coisas consumíveis no Código Civil alemão), Borna-Leipzig, 1910.

637. HOHENEMSER, HERMANN, *Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung* (O Consumo do dinheiro pela mistura e pelo dispêndio), Marburg, 1892.

638. HOLLWECK, J., *Das Civileherecht des BGB., dargestellt im Lichte des canonischen Eherechts* (O Direito do casamento civil do Código Civil, tratado à luz do direito matrimonial canônico), Mainz, 1900.

639. HONIG, R., *Die Einwilligung des Verletzen* (O Consentimento da vítima), Mannheim, 1919, I.

640. HOYER, Wesentliche Bestandteile einer Sache als Gegenstand besonderer Rechte (*Partes integrantes essenciais de uma coisa como objeto de determinados direitos*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12 (1907), 1368 s.

641. HUBER, E., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* (Sistema e História do Direito privado suíço), Basel, 1886-1893, I-IV.

642. HUC, THÉOPHILE, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1892, I-III; 1893; IV-V; 1894, VI-VII; 1895, VIII; 1896, IX; 1897, X; 1898, XI; 1899, XII; 1900, XIII; 1902, XIV-XV.

643. HÜNNEBECK, *Die Mahnung* (A Interpelação), Borna-Leipzig, 1906.

644. HUECK, A., Notstand gegenüber einer mitgefährdeten Sache (*Estado de necessidade a respeito de coisa co-arriscada*), *Jherings Jahrbücher*, 68 (1919), 205-232.

645. HUSCHKE, K., *Die stillschweigende Willenserklärung* (A Declaração tácita de vontade), Jena, 1901.

646. HUSCHKE, PH. E., *Gaius*, Leipzig, 1855.

647. ISAAC, MARTIN, *Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen* (A Tutela do Nome segundo as leis do *Reich*), Berlin, 1899.

ISAY, H., *Die Willenserklärung*, veja n. 168.

_____. *Zur Lehre von den Willenserklärungen*, veja n. 169.

648. _____. *Die Geschäftsführung nach dem BGB.* (A Gestão de Negócios segundo o Código Civil), Jena, 1900.

649. JACOBI, LEONARD, Versprechen und Vertrag (*Promessa e Contrato*), *Jherings Jahrbücher*, 35 (1896), 1-77.

650. *Das persönliche Eherecht des BGB.* (O Direito matrimonial pessoal do Código Civil), Berlin, 1899, 2.ª ed.

651. JACOBSON, ADOLF, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums (*A Impugnação das Declarações tácitas de vontade por erro*), *Jherings Jahrbücher*, 56 (1910), 329-411.

652. JÄGER, E., Gas und Elektrizität aus städtischen Werken (*Gás e Eletricidade das obras urbanas*), *Leipziger Zeitschrift*, VI (1912), 894.

653. JANKA, K., *Der strafrechtliche Notstand* (O Estado de necessidade jurídico-penal), Erlangen, 1878.

654. JANKE, H., *Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers* (O Direito de fruto do possuidor de boa fé e do credor pignoratício), Erlangen, 1862.

655. JASÃO DE MAINO, *Repertorium singularum materiaram*, Lugduni, 1520.

656. JHERING, R. VON, *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen (Culpa in contrahendo *ou indenização em caso de Contratos nulos ou não chegados à perfeição*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, IV (1860), 1-112.

657. _____. Kritisches und exegetisches Allerlei (*Variedade crítica e exegética*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 15 (1877) 384-408.

_____. Die passive Wirkung, veja n. 177.

_____. *Geist des römischen Rechts*, veja n. 178.

_____. *Der Besitzwille*, veja n. 180.

658. JOACHIM, H., e KORN, A., *Deutsches Ärzterecht* (Direito alemão dos médicos), Berlin, 1911, I-II.

659. JOSEF, E., Das Recht am Leichnam (*O Direito ao cadáver*), *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, I (1905), 122 s.

660. KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fundamento à Metafísica dos Costumes), Leipzig, 1838.

661. KARLOWA, OTTO, *Römische Rechtsgeschichte* (História do Direito romano), Leipzig, 1885, I.

662. KASTEN, R., *Kann der Geschaftsunfähige nach dem BGB. occupieren?* (¿Pode o Incapaz de negócios ocupar, segundo o Código Civil?), (Freiburg i. B.), 1902.

KELLER, F. L. VON, *Pandekten*, veja n. 184.

KIERULFF, J.G., *Theorie des gemeinen Civilrechts*, veja n. 188.

663. KIPP, TH., *Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen BGB.* (A Vontade da parte sob o domínio do Código Civil), Erlangen, 1899.

664. _____. Rechtswahrnehmung und Reurecht (*Advertência sôbre direito e Direito de arrependimento*), *Festgabe* RICHARD KOCH, Berlin, 1903, 109-138.

_____. *Lehrbuch*, veja WINDSCHEID, B.

665. KISCH, W., *Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB.* (A Eficácia da impossibilidade da prestação, ocorrida supervenientemente, nos contratos bilaterais, segundo o Código Civil), Jena, 1900.

666. _____. *Gattungschuld und Wahlschuld* (Obrigação de espécie e obrigação de escolha), München, 1912.

667. KLEIN, F., Bedingte Verzeihung (*Perdão condicionado*), *Blätter für Rechispflege*, 10 (1899).

668. KLEIN, P., *Die Natur der* causa solvendi, Bonn, 1903.

669. _____. *Anzeigepflicht im Schuldrecht* (Dever de aviso no direito das obrigações), Berlin, 1908.

670. _____. Zurücknahme von "Willensmitteilungen" (*Revogação de comunicações de vontade*), *Archiv für bürgerliches Recht*, 33 (1909), 245-272.

671. _____. Zurücknahme von "Vorstellungsmitteilungen" (*Revogação de comunicações de representação*), *Archiv*, 34 (1910) 323-349.

_____. *Die Rechtshandlungen*, veja n. 191.

672. KLEINEIDAM, F., *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB.* (Impossibilidade e Insolvência segundo o Código Civil), Jena, 1900.

673. _____. Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. (*Algumas controvérsias oriundas da teoria da Impossibilidade do Código Civil*), *Jherings Jahrbücher*, 43 (1901), 105-140.

674. _____. Zu § 226 BGB., *Deutsche Juristen-Zeitung*, 16 (1911), 147 s.

675. KLOESS, ARNO, Die Energien in- und ausserhalb des Verkehrs und das Eigenrecht an ihnen (*As energias no mercado e fora do mercado e o direito próprio nelas*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 34-127.

676. KNAUTH, R., *Die Bedeutung des Eigenbesitzes nach dem BGB.* (A Importância da Posse própria segundo o Código Civil), Jena, 1906.

677. KNIEP, K. F. F., *Die Mora des Schuldners* (A Mora do devedor), Rostock, 1871, I; 1872, II.

678. KNIEP, FERDINAND, *Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht* (A Posse do Código Civil tratada em frente ao direito romano e o comum), Jena, 1900.

679. KÖHLER, W., *Die sogenannte stillschweigende Willenserklärung nach dem Rechte des BGB.* (A chamada Declaração tácita de vontade segundo o direito do Código Civil), Jena, 1903.

680. KOEHNE, WALDEMAR, *Vertretung im Empfang von emfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere auch bei Mehrheit von Vertretern, nach Bürgerlichem Gesetzbuch* (A Representação na Recepção das declarações receptícias de vontade, particularmente também na pluralidade de representantes, segundo o Código Civil), Berlin, 1902.

681. KOHLER, J., Annahme und Annahmeverzug (*Aceitação e Mora na Aceitação*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 17 (1879), 261-422.

682. _____. Der Dispositionsniessbrauch (*O Usufruto de disposição*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 24 (1886), 187-328.

683. _____. Zur Lehre von den Pertinenzen (*Para a Teoria das Pertenças*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 26 (1888), 1-184.

684. _____. Über den Vertrag unter Abwesenden (*Sôbre o Contrato entre ausentes*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, I (1889), 283-326.

685. _____. *Studien aus dem Strafrecht* (Estudos oriundos do Direito penal), Mannheim, 1890, I; II-III, 1895.

686. _____. *Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: III. *Der Gläubigerverzug* (Doze Estudos sôbre o Código Civil: III. A Mora do credor), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 13 (1897), 149-295.

687. _____. Bürgerliches Recht (*Direito civil*), F. VON HOLTZEN-DORFF-J. KOHLER, *Enziklopädie der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1903, I, 6.ª ed., 561-757; 1914, II, 7.ª ed., 1-191.

688. _____. *Das Eingenbild im Recht* (A Imagem própria no Direito), Berlin, 1903.

689. _____. Zwölf Studien: VI. Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit (*O Patrimônio como unidade de direito das coisas*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 22 (1903), 1-33.

690. _____. *Moderne Rechtsprobleme* (Problemas jurídicos modernos), Leipzig, 1907.

_____. *Lehrbuch*, veja n. 206.

691. KOEPPEN, ALBERT, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (O Contrato obrigacional entre ausentes), Jena, 1872. Impressão em separado da monografia dos *Jahrbücher für die Dogmatik*, 11, 139-393.

692. KOPF, FRANZ, *Das Hinterlegungsverhältnis* (A Relação de Consignação), Berlin, 1903.

693. KOPPERS, B., Die Vollendung einer mündlichen Willenserklärung, *Gruchots Beiträge*, 46 (1902), 225-232.

694. _____. Zeitpunkt der Vollendung einer durch den Ferndrucker übermittelten Willerserklärung (*Momento da Conclusão da Declaração de vontade transmitida por intermédio do telefonista*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 10 (1905), 159 s.

695. _____. Zugehen mündlicher Willenserklärungen (*Chegada de Declarações orais de vontade*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11 (1906), 75.

696. KRAINZ, J., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Sistema do direito privado geral austríaco), Wien, 1885-1889, I-II; 1894, 2.ª ed., 1907, II, 4.ª ed.

697. KRAMER, A., *Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper* (Sôbre o direito a respeito de Corpo humano), Berlin, 1887.

698. KREBS, *Über Rechtshandlungen im engeren Sinne* (Sôbre Atos jurídicos no sentido estrito), Borna-Leipzig, 1905.

699. KRESS, H., *Besitz und Recht* (Posse e Direito), Nürenberg, 1909.

700. KRETSCHMAR, P., *Die Erfüllung* (O Adimplemento), Leipzig, 1906, I.

701. KRETZSCHMAR, F., *Das Sachenrecht* (O Direito das coisas), Leipzig, 1906.

702. KRICHAUFF, G., *Über die Erfordemisse einer den Verzug des Schuldners begründenden Mahnung und über die Zulässigkeit einer Vertretung bei derselben* (Sôbre os Requisitos de Interpelação fundada em mora do devedor e sôbre a admissibilidade de Representação na mesma), Borna-Leipzig, 1903.

703. KRONER, HEINRICH, *Die Verletzung von Rechtsgütern des Dritten bei der Notwehr* (O Dano de bens jurídicos do terceiro pela legítima defesa), Göttingen, 1897.

704. KRÜCKMANN, PAUL, Zum Streit um den Engentumsvorbehalt an Maschinen (*Para a discussão acerca da reserva de domínio em máquinas*), *Juristische Wochenschrift*, 57 (1906), 673 s.

705. _____. *Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt* (Parte integrante e reserva de propriedade), Leipzig, 1906.

706. _____. *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess* (Impossibilidade e processo de impossibilidade), Tübingen, 1907. Também em *Archiv für die civilistische Praxis*, 101 (1907), 1-306.

707. _____. Unmöglichkeit der Leistung infolge des Krieges (*Impossibilidade da prestação em conseqüência da guerra*), *Leipziger Zeitschrift*, 12 (1918), 961-973.

KRÜGER, G., *Die Haftung*, veja n. 214.

708. KÜBLER, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht (*O Princípio de utilidade como fundamento da gradação na responsabilidade contratual, no direito romano clássico*), *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für* OTTO GIERKE), Breslau, 1910, II, 235 s.

KUHLENBECK, L., *Von den Pandekten*, veja n. 216.

_____. *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, veja n. 217.

_____. Veja *J. von Staudingers Kommentar*, II, 3.ª-4.ª ed.

709. KÜHN, EMIL, Über Vertragschluss unter Abwesenden (*Sôbre Conclusão de contrato entre ausentes*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 14 (1878), 1-90.

710. KULPIS, G., *Comment. de iure circa cadavera punitorum*, Giessen, 1725.

711. KUMMER, RUDOLF, *Die Annahme eines Vertragsantrages* (A Aceitação de oferta de contrato), Weimar, 1903.

712. KUNSTMANN, ADOLF, *Das "Zugehen" der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130, 131 BGB.* (A "Chegada" da Declaração de vontade em negócio jurídico segundo os §§ 130 e 131 do Código Civil), Erlangen, 1906.

713. KUNZE, W., *Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten* (A Responsabilidade do devedor pelos danos do terceiro interessado), Berlin, 1909.

714. KURTS, THEODOR, *Ist die Aneignung ein Rechtsgeschäft, und welche Folgen hat dies?* (¿É a Apropriação negócio jurídico, e que conseqüências tem isso?), Rostock, 1903.

715. LACERDA DE ALMEIDA, FRANCISCO DE PAULA, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 1908, I; 1910, II.

716. LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 1877, I-II.

717. LALLEMENT, P., *L'État de nécessité en matière civile*, Paris, 1922.

718. LANDSBERG, E., *Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches* (O Direito do Código Civil), Berlin, 1904, I-II.

LANGHEINEKEN, P., *Anspruch und Einrede*, veja n. 224.

719. _____. Vertretbare und Gattungssachen, Mengesachen und Stücksachen (*Coisas fungíveis e coias de gênero, coisas-conjunto e coisas-pedaço*), *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern*, 7 (1911), 176 s.

720. LARENZ, KARL, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe* (Pessoa de direito e direito subjetivo. Para a transformação dos conceitos fundamentais do direito), Berlin, 1935.

721. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, Bruxelles-Paris, 1878, I-XXXIII. V. 17 (1878), p. 477: "Il y a dans tout payement un concours de volontés: il ne suffit pas de la volonté du créancier, il faut aussi la volonté du débiteur". É a teoria da solução

negócio jurídico bilateral, também, sustentada, já em 1875, por TH. LOTTMAR. Teoria falsa.

722. LEEMANN, H., Sachenrecht (*Direito das Coisas*), *Kommentar zum Schweizerisshen Zivilgesetzbuch* (M. GMÜR), Bern, 1912, IV, *II*.

723. LEHMANN, H., Die positiven Vertragsverletzungen (*As Violações positivas do contrato*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 96 (1905), 60-113.

724. LEIST, B. W., *Über die Natur des Eigentums* (Sôbre a Natureza da Propriedade), Jena, 1854 (3.° caderno dos *Civilistische Studien*).

LENEL, OTTO, *Über Ursprung und Wirkung*, veja n. 233.

725. _____. Gutachten, *Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentags*, III, 1 s.

726. _____. Die Lehre von der Voraussetzung (*A Teoria da Pressuposição*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 74 (1889), 213-239.

727. _____. Nochmals die Lehre von der Voraussetzung (*Ainda a Teoria da Pressuposição*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 79 (1892), 49-107.

728. _____. Bestandteil oder Zubehör? (*¿Parte integrante ou pertença?*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 11 (1906), 45-51.

729. _____. Das Wesen des Wesens und der Eigentumsvorbehalt an Maschinen (*A Essência da Essência e a reserva de domínio das máquinas*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 12 (1907), 509-511.

730. LENT, F., *Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse* (A Assinação como pleno poder e no concurso), Leipzig, 1907.

731. _____. *Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozesse* (A Concorrência de lei no direito civil e no processo civil), Leipzig, 1912, I; 1916, II.

732. LEONHARD, FR., *Die Vertretung beim Fahrniserwerb* (A Representação na aquisição do bem móvel), Leipzig 1899.

733. Die Wahl bei der Wahlschuld (*A Escolha na dívida de escolha*), *Jherings Jahrbücher*, 41 (1900), 1-67.

734. _____. Fahrlässigkeit und Unfähigkeit (*Negligência e Incapacidade*), *Festgabe für* LUDWIG ENNECCERUS, Marburg, 1913.

_____. *Die Beweislast*, veja n. 239.

735. LEONHARD, R., *Der Erbschaftsbesitz* (A Posse da herança), Jena, 1899.

_____. *Der Allgemeine Teil*, veja n. 238.

736. LEVITA, C., *Das Recht der Notwehr* (O Direito de Legítima defesa), Giessen, 1856.

737. *Lex Burgundionum* (illustravit A. F. BARKOW), Gryphiswaldiae, 1826.

738. *Lex Ribuaria et lex Francorum Chamavorum*, Ed. R. SOHM, Hannover, 1883.

Lex Romana Visigothorum, veja n. 453.

Lex Salica, veja n. 454.

739. LIEBE, F., *Die Stipulation und das einfache Versprechen* (A Estipulação e a simples promessa), Braunschweig, 1840.

740. LILIE, FRANZ, *Schadenersatz bei umwirksamen Verträgen nach dem BGB.* (Reparação do dano em contratos ineficazes segundo o Código Civil), Magdeburgo, 1898.

LINCKELMANN, KARL, *Die Schadenersatzpflicht*, veja n. 248.

741. LISZT, F. VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Tratado de Direito penal), Berlin, 1892, 5.ª ed.

742. _____. *Die Deliktsobligationen im System des BGB.* (As Obrigações delituais no sistema do Código Civil), Berlin, 1898.

743. LITTEN, *Quo tempore pactum inter absentea propositum perfici videatur*?, Berlin, 1865.

744. LITTEN, FRITZ, *Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des BGB.* (O Dever de reparar do tenedor de animal no direito do Código Civil), Berlin, 1905.

745. LOBE, A., *Die Form der Rechtsgeschäfte nebst einem Verzeichnis der formbedürftigen Rechtsgeschäfte* (A Forma dos Negócios jurídicos, junto a relação dos Negócios jurídicos de forma exigida), Leipzig, 1901.

746. LUDEWIG, J., *Die Telegraphie in staats- und privatrechtlicher Beziehung* (A Telegrafia em relação ao direito público privado), Leipzig, 1872.

747. LÜTTGERT, G., Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht des BGB. (*O Perdão no direito de divórcio do Código Civil*), *Deutsche Zeitachrift für Kirchenrecht*, X (XXXII), 89-105, 220, 245.

748. LUSIGNANI, *Studi sopra la responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, Modena-Parma, 1902-1903, I.

749. LUTZ, WALTER, *Zur Frage der positiven Vertragsverletzungen* (Para a questão das Infrações positivas do contrato), Berlin, 1907.

750. MAAS, GEORG, *Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege* (A Conclusão de contrato por via eléctrica), Berlin, 1889.

751. MADAI, C. O. VON, *Die Lehre von der Mora* (A Teoria da Mora), Halle, 1837.

752. _____. *Beiträge zur Dogmengeschichte des gemeinen Zivilrechts* (Contribuições à história dos Dogmas do direito civil comum), Riga u. Leipzig, 1839.

753. MAENNER, K., *Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche* (O Direito das Coisas segundo o Código Civil), München, 1906.

MANIGK, A., *Das Anwendungsgebiet*, veja n. 253.

_____. *Willenserklärung*, veja n. 254.

754. MARSSON, RICHARD, *Die Natur der Vertragsofferte* (A Natureza da Oferta de contrato), Greifswald, 1879.

755. MARTINO, FRANCESCO DE, Della Proprietà, *Commentario del Codice Civile* a cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1946, Libro Terzo.

756. MASCHKE, R., *Das Eigentum im Civil- und Strafrecht* (A Propriedade no Direito civil e no Direito penal), Berlin u. Leipzig, 1895.

MATTHIASS, B., *Lehrbuch*, veja n. 257.

757. MATHIEU, C., *In welchen Fällen und in welcher Weise ist die Not civilrechtlich von Bedeutung*? (¿Em quais casos e em que sentido é a Necessidade relevante em direito civil?), Erlangen, 1894.

758. MAYER, HERBERT, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks (*A Natureza jurídica das Partes integrantes só aparentes de prédio*), *Festgabe für* FELIX DAHN, Breslau, 1905.

MAYER, O., *Deutsche Verwaltungsrecht*, veja n. 258.

759. MEILI, F., *Das Telegraphenrecht* (O Direito do telégrafo), Zürich, 1873, 2.ª ed.

760. _____. *Das Telephonrecht* (O Direito do telefone), Zürich, 1898.

MEISNER, J., *Das Bürgerliches Gesetzbuch*, veja n. 260.

761. MELO FREIRE, PASCOAL JOSÉ DE, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani eum publici tum privati*, Conimbricae, 1815, 1.ª ed., 1827, 2.ª ed., 5.ª ed., I (De Iure publico); 1860, 5.ª ed., II (De Iure Personaram); 1860, 5.ª ed., III (De Iure rerum); 1860, 5.ª ed., IV (De obligationibus et actionibus), V (Institutiones Iuris criminalis lusitani); 1860, 5.ª ed., VI (Historia Iuris Civilis Lusitani); VII (Index Generalis). Citam-se os volumes I-VII, 5.ª ed.

762. MENDE, GEORG, *Die Haftung des Vertretenen für rechtswidriges Verhalten des Vertreters* (A Responsabilidade do Representado pela conduta, contra direito, do representante), Greifswald, 1910.

763. MERKEL, A., *Juristische Encyklopädie* (Enciclopédia jurídica), Berlin, 1885; 2.ª ed. (R. MERKEL), 1900; 5.ª, 1913; 6.ª, 1920.

764. MERKEL, E., Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams (*A natureza jurídica do cadáver humano*), *Sächsisches Archiv für bürgerliches Rechts*, 14 (1904), 677-684.

765. MERKEL, R., *Die Kollision rechtsmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen* (A Colisão de interesses legítimos e o Dever de indenização por atos legítimos), Strassburg, 1895. Sôbre não ser contrário a direito o ato em estado de necessidade (p. 42).

766. MEYER, MAX, *Die Mahnung und ihre Äquivalente im Deutschen Bürgerlichen Recht* (A Interpelação e seu equivalente no direito civil alemão), Münster in Westfalen, 1910.

767. MISPOULET, Le régime des Mines à l'époque romaine et au Moyen-Age, d'après les tables d'Aljustrel, *Nouvelle Revue Historique*, 31 (1907).

MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht*, veja n. 264.

768. _____. Zur Kritik des § 123 des BGB. (*Para a critica do § 123 do Código Civil*), *Leipzig Zeitschrift für Handels-, Konkurs und Versicherungsrecht*, III (1909), 634-642.

769. _____. Das *Receptum nautarum* in den Papyrusurkunden (O Receptum nautarum *nos documentos papíreos*), *Verh. der kgl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften*, Philologische-Historische Klasse, 62 (1910), 270s.

770. MITTELSTEIN, M., *Die Miete nach dem Rechte des BGB.* (*A* Locação de coisas segundo o direito do Código Civil), Berlin, 1900; 1913, 3.ª ed.

771. MITTERMAIER, C. J. A., Das Telegraphenrecht (*O Direito do telégrafo*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 46 (1863), 1-48.

771-A. _____. Beitrag zum Telegraphenrecht nach dem Ergebnisse der neuesten Forschungen und Erfahrungen (*Contribuições ao Direito dos Telégrafos segundo o resultado das últimas pesquisas e experiências*), *Archiv*, 47 (1864), 214-243.

772. MOMMSEN, FR., *Die Unmöglichkeit der Leistung* (*A* Impossibilidade da prestação), Braunschweig, 1853.

773. _____. *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre Von der* Culpa (*A* Teoria da Mora, junto a contribuições à Teoria da Culpa), Braunschweig, 1855.

774. _____. *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*: I. Erörterungen über die Regel *commodum eius esse debet cuius periculum est*, Braunschweig, 1859; 2. Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen, 1879 (Discussões de Direito das Obrigações: 1. *Discussões sôbre a regra* commodum eius esse debet cuius periculum est, 1859; 2. Responsabilidade dos contraentes pela conclusão de contrato obrigacional, 1879).

775. *Monumenta Germaniae historica* inde ab anno Christi 500 usque ad annum 1500 editit Societas aperiendis fontibus rerum Germanicarum medii aevi, Hannoverae, 1892, Sectio I (Leges nationum Germanicarum), Tomus II (Leges Burgundionum), ed. L. R. DE SALIS; 1888, Tomus V (Leges Alamanorum), ed. K. L. LEHMANN; 1883-1887, Sectio II, Tomi I-II (Capitularia regum Francorum), ed. A. BORETIUS et V KRAUSE; 1893, Sectio III (Concilia); 1893, Sectio I, Tomus I (Constitutiones et acta publica imperatorum et regum), ed. L. WEILAND; 1904-1906, Tomus III. ed. J. SCHWALM; 1906-1911, Tomus IV, ed. J. SCHWALM; 1909, Tomus V, Pars I; Sectio V (Formulae Merowingici et Karolini aevi), ed. K. ZEUMER.

776. MORAIS, SILVESTRE GOMES DE, *Tractatus de Executionibus instrumentorum sententiarum*, Conimbricae, 1729, I-VI (em três vols.).

777. MORIAUD, P., *Du Délit nécessaire et de l'Etat de nécessité*, Genève et Paris, 1889.

778. MÜLLER, ALBRECHT, *Der Okkupationserwerb geschäftsunfähiger Personen* (*A* Aquisição, por ocupação, das pessoas incapazes de negócios), Borna-Leipzig, 1908.

779. MÜLLER-ERZBACH, RUDOLF, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung (*Responsabilidade pelo prejuízo e suportação do risco*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 106 (1910), 309-476.

780. NEUBECKER, F. K., Haftung für Wort und Werk (*Responsabilidade por palavra e obra*), *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für* OTTO GIERKE, Breslau, 1910, III.

781. _____. Zur Lehre von der Notwehr (*Para a Teoria da Legítima defesa*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 10 (1905), 146-151.

782. NEUGEBAUER, WALTER, *Was ist in § 130 BGB., unter "Zugehen" zu verstehen?* (¿Que é de entender-se no § 130 do Código Civil, por "chegada"?), Breslau, 1908.

783. NEUMANN, F. J., Wirtschaftliche Grundbegriffe, *Lehrbuch der Politischen Oekonomie* von DR. G. VON SCHÖNBERG (*Conceitos fundamentais econômicos*, Tratado de Economia Política), Tübingen, 1896, I, 4.ª ed.

NEUMANN, H., *Handsausgabe*, veja n. 275.

_____. Studie über Rechtshandlung, veja n. 276.

NEUNER, C., *Wesen und Arten*, veja n. 277.

784. NIKONOFF, SERG. VON, *Die Lehre von der Sequestration* (*A* Teoria do Seqüestro), Berlin, 1894.

NIPPERDAY, HANS CARL, veja n. 99.

785. NISSE, *Eigentumsvorbehalt an Maschinen* (*Reserva de domínio em máquinas*), *Juristische Wochenschrift*, 36 (1907), Nr. 1-7, 194.

786. NOODT, G., *Opera omnia*, Coloniae Agrip., 1732. OEGG, no *Kommentar*, 7.ª ed., veja BUSCH.

787. OERSTED, *Über die Grundregeln der Strafgesetzgebung* (Sôbre as Regras fundamentais da Legislação penal), Copenhagen, 1818 (trad. do danes).

788. OERTMANN, P., Eigentumsvorbehalt an Machinen (*Reserva de domínio em máquinas*), *Das Recht*, 10 (1906), 1120.

789. _____. *Das Recht des Schuldverhältnisse*, Berlin, 1910, 3.ª e 4.ª ed.

790. _____. Die Bedeutung der Rücktrittserklärung (*A Importância da Declaração de resolução*), *Seufferts Blätter*, 1904.

_____. *Allgemeiner Teil*, veja n. 284.

791. OETKER, F., *Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des bürgerlichen Gesetzbuches* (Sôbre Legítima defesa e Estado de necessidade segundo os §§ 227, 228 e 904 do Código Civil), Leipzig, 1903.

_____. Veja *Vergleichende Darstellung*.

792. OLSHAUSEN, J. VON, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Comentário ao Código Penal), Berlin, 1927, I-II, 11.ª ed. (KARL LORENZ, HANS FREIESLEBEN, EMIL NIEHAMMER, CARL KIRCHNER, GEORG GUTAJAHR).

793. OLSHAUSEN, TH., Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. (*Sôbre a Dissolução da sociedade conjugal segundo o Código Civil*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 23 (1904), 149-161.

794. OPET, O., e BLUME, W. VON, *Das Familienrecht* (O Direito de Família), Berlin, 1902-1906, I-II.

795. OSER, H., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V, Das Obligationenrecht, Zürich, 1915.

796. P. Oxyrhynchus = *The Oxyrhynchus Papyri*, edited by B. P. GREENFELL, and A. S. HUNT, London exploration fund gräeco-roman branch, I (1899); II (1900); III (1903); IV (1904); V (1908); VI (1908); VII (1910).

797. PAASCHE, ERICH, *Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einen Unterlassung bestehen* (Impossibilidade da prestação e Mora nas prestações que consistem em abster-se), Freiburg i.B., 1903 (Diss.).

798. PAECH, FRITZ, *Bestandteil und Zubehör* (Parte integrante e Pertença), Berlin, 1900.

799. _____. *Der Leistungsverzug, eine Studie zum BGB* (A Mora de prestação, estudo do Código Civil), Berlin, 1902.

800. PAGENSTECHER, E., *Die römische Lehre vom Eigentum. in ihrer moderv.en Anwendbarkeit* (A Teoria romana da Propriedade em sua moderna aplicabilidade). Heidelberg, 1857-1859, I-III Partes.

801. PARTSCH, J., Studien zur *negotiorum gestio*, Heidelb, Akademie der Wissenschaft, 12 Abh.

PÊGAS, MANUEL ÁLVARES, *Resolutiones Forenses*, veja n. 298.

802. PEIFELMANN, G., *Die "empfgangsbedürftige", Willenserklärungen des § 130 BGB.* (A Declaração de vontade "necessitante de recepção" no § 130 do Código Civil), Jena, 1907.

PERNICE, A., *Labeo*, veja n. 299.

803. PETRAZYCKI, LEO VON, *Die Lehre vom Einkommen* (A Teoria da Renda), Berlin, 1893, I; 1895, II.

804 PFLÜGER, H. H., Condictio *und kein Ende* (*Condictio* e nenhum fim), Berlin, 1911.

805. PICARD, M., em *Traite pratique de Droit civil français* (PLANIOL-RIPERT), III, Paris, 1926.

PLANCK, G., *Kommentar*, veja n. 304.

806. PONTES DE MIRANDA, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, 1917; 1947, I-III, 3.ª ed. (*Tratado de Direito de Família*).

807. _____. *Da Promessa de Recompensa*, Rio de Janeiro, 1927.

808. _____. *Tratado dos Testamentos*, Rio de Janeiro, 1930, I-II; 1931, III; 1935, IV; 1936, V.

809. _____. *Democracia, Liberdade, Igualdade*, Os três caminhos, Rio de Janeiro, 1945.

810. _____. *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, 1947, I-IV.

811. _____. *Tratado de Direito Predial*, Rio de Janeiro, 1947, I-II; 1948, III; 1952, IV; 1953, V. Edição em fotocópia, em 1954.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, veja n. 312.

812. PRYM, E., *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung* (A Concorrência da pretensão oriunda do contrato com a pretensão oriunda do ato ilícito), 1906.

813. PUCHTA, G. F., *Vorleaungen über das heutige römische Recht* (Preleções sôbre o Direito romano hodierno), Leipzig, 1852, I; 1873, I-II, 6.ª ed. Deve-se-lhe ter mostrado que o direito romano nunca possuiu princípio geral de vedação da justiça de mão própria (I, p. 180).

_____. *Pandekten*, veja n. 316.

814. RAAPE, L., *Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem BGB.* (Aquisição da posse sem vontade de posse segundo o Código Civil), Bonn, 1901.

815. _____. Gebrauchs- und Besitzüberlassung (*Abandono do exercício do direito de propriedade e abandono da posse*) *Jherings Jahrbücher*, 71 (1922), 97-186.

816. RABEL, E., *Die Haftplicht des Arztes* (O Dever de responsabilidade do médico), Leipzig, 1904.

817. _____. em *Mélanges* GÉRARDIN, Paris, 1907.

818. RAEKE, W., *Der Widerruf der Schenkung nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch* (A Revogação da doação segundo o direito comum e o Código Civil), Berlin, 1900. Dissertação de Rostock.

819. RANDA, A., *Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher* (O Direito de propriedade, segundo o direito austríaco, com referência ao direito comum e aos novos Códigos), Leipzig, 1884, I.

820. _____. Die rechtliche Behandlung des Grundwassers (*O tratamento jurídico das Águas subterrâneas*), *Festschrift für* FRANZ KLEIN Wien, 1914.

821. RAUSNITZ, J., Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie (*O Direito ao cadáver humano e o direito da Anatomia*), *Das Recht*, VII (1903), 593-595.

822. REATZ, C. F., *Die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB* (A Segunda Leitura do Projeto de Código Civil), Berlin, 1894.

823. REGELSBERGER, F., *Die Vorver handlung en bei Verträgen* (As Convenções preliminares nos contratos), Weimar, 1868 (*Civilrechtliche Erörterungen*, I).

_____. *Pandekten*, veja n. 322.

REHBEIN, H., *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, veja n. 324.

824. _____. *Die Entscheidungen des vormaligen Preussischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts* (As decisões do anterior Tribunal Superior Prussiano em matéria de direito civil), Berlin, 1884 (I), 1887 (II), 1891 (III), 1894 (IV).

825. REICHEL, HANS, Der Begriff der Frucht im römischen Recht und im deutschen BGB. (*O conceito de Fruto, no direito romano e no Código Civil alemão*), *Jherings Jahrbücher*, 42 (1901), 205-308.

826. _____. Prozessuale Behandlung der Klagen auf Rechnungslegung und Auskunfterteilung (*Tratamento processual das ações de prestação de contas e de apresentação de balanço*), *Zeitschrift für deutschen Prozessrecht*, 37, 1-2. Heft.

827. _____. *Die Schuldmitübernahme*, Kumulative Schuldübernahme (A Co-transmissão de dívida, *Transmissão cumulativa de dívida*), München, 1909.

828. REYSCHER, A. L., Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung (*O Direito do telégrafo, particularmente o Dever de responder por inexata e atrasada telegrafação*), *Zeitschrift für deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 19 (1860), 271 s.

829. RIBAS, ANTÔNIO JOAQUIM, *Da Posse e das Ações possessórias*, Rio de Janeiro, 1883; São Paulo, 1901 (?), nova edição.

830. RICHELMANN, H., *Der Einfluss des Irrtums auf Verträge* (O Influxo do Êrro no Contrato), Hannover, 1837.

831. RICHTER, H., *Begriff und rechtliche Bedeutung des Zubehörs* (Conceito e importância jurídica da Pertença), Greifswald, 1904.

RIEZLER, E., veja n. 884.

832. ROVER, A., *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen* (Sôbre a Importância da Vontade nas Declarações de vontade), Rostock, 1874.

833. ROGOWSKI, ARNO, Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatz-Anspruch des Gläbigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungs-Obligationen und weshalb triffit den Glaubiger die Beweilast für die Zuwiderhandlung? (*¿Em que fundamento legal se baseia a Pretensão à indenização do credor,*

em caso de transgressão de devedor nas obrigações de omissão, e porque incumbe ao credor o ônus da prova da transgressão?), *Archiv für die civilistiche Praxis*, 104 (1909) 303-338.

834. ROHDE, E., *Studien im Besitzrecht* (Estudos no Direito da Posse), Dusseldorff, 1907, XXI; 1908-1909, XVI, XIX, XX; 1911, XIV, XV; 1913, XXII.

835. ROSENBERG, LEO, Der Verzug des Gläubigers (*A Mora do Credor*), *Jheringe Jahrbücher*, 43 (1901), 141-298.

836. _____. *Stellvertretung im Prozess* (Representação no processo), Berlin, 1908.

_____. *Sachenrecht*, veja n. 335.

837. RUDOLFF, *De Acceptatione et eius iure*, Altdorffi, 1676.

838. RÜMELIN, MAX, *Der Zufall im Recht* (O Caso fortuito no Direito), Freiburg, 1896.

839. _____. *Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht* (Os Fundamentos da Imputação de danos e a posição do Código Civil quanto ao dever de indenização), Freiburg i. B., 1896.

840. _____. *Haftung im klinischen Betrieb* (Responsabilidade da empresa clínica), Tübingen, 1913.

841. SALAMONSKI, L., *Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des BGB.* (O Bem reservado da mulher casada no regime legal de bens do Código Civil), Berlin, 1901.

842. SALEILLES, R., *De la Possession des meubles*, Paris, 1907.

843. SALIER, GEORG, *Verkauf von Bäumen auf dem Stamme unter besonderer Berücksichtigung dea* §§ 865, 956 *BGB. und des gemeinen Rechts* (Venda de Arvores em pé, com especial consideração dos §§ 865 e 956 do Código Civil e do direito comum), Berlin, 1903.

844. SAMES, H., Der Ferndrucker als Übermittler von Willenserklärungen (O *Telefonista como transmissor de declarações de vontade*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 9 (1904), 1179-1181.

845. SANDER, EUGEN, *Ein Beitrag zur Lehre von der* diligentia quam suis (Contribuição à Doutrina da *diligentia quam suis*), Berlin, 1898.

846. SANTZ, K., *Bestandteile einer Sache und Zubehör* (Partes integrantes de uma coisa e pertença), Freiburg, 1900.

847. SAUER, W., *Grundlagen des Strafrechts* (Fundamentos do Direito penal), Berlin, 1921.

848. SAVIGNY, F. C. VON, *Das Recht des Besitzes* (O Direito da posse), Giessen, 1827, 5.ª ed.; 7.ª ed. (de A. F RUDOLFF), Wien, 1865.

_____. *System*, veja n. 355.

849. SCHAETZKE, FELIX, *Sind Fabrikmaschinen Zubehör der Fabrikgrundstücke?* (Máquinas de fábrica são pertenças dos imóveis da fábrica?), Greifswald, 1900.

850. SCHANZENBACH, C., *Giebt es oder inwieweit giebt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung?* (¿Existe e até que ponto em Contratos bilaterais dever de aceitação da contraprestação?), Erlangen, 1898.

851. SCHIFFNER, L., *Systematisches Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechts* (Tratado sistemático de Direito civil austríaco comum), Wien, 1882, I.

852. SCHINGNITZ, P., *Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich?* (Até que ponto é de exigir-se para adimplemento de obrigação colaboração do credor?), Erlangen, 1898.

853. SCHLECHT, A., *Das Recht der Elektricität* (O Direito da Eletricidade), München, 1906.

SCHLOSSMANN, S., *Der Vertrag*, veja n. 363.

854. SCHMIDT, A. B., e FUCHS, A., *Familienrecht und Vormundschaftsrecht* (Direito de Família e Direito de tutela), München, 1907-1909, I-II.

855. SCHMIDT, C. A., *Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht* (A diferença principial entre o Direito romano e o germânico), 1853.

856. SCHMIEL, HANS GEORG, *Die Arten und die rechtliche Stellung der Sachen des § 95 BGB.* (As espécies e a posição jurídica das Coisas do § 95 do Código Civil), Borna-Leipzig, 1902.

857. SCHMITT, J., *Die Okkupation als Eigentumserwerb* (A Ocupação como aquisição da propriedade), Bamberg, 1902.

858. SCHNEIDER, ALBERT, *Ueber das concludente Stillschweigen nach römischem Rechte* (Sôbre o Silenciar concludente segundo o direito romano), Zürich, 1858.

859. SCHÖMANN, F., *Lehre vom Schadensersatze* (Doutrina da Reparação do Dano), Giessen u. Wetzlar, 1806.

860. SCHOLLMEYER, F., *Das Recht der Notwehr nach dem BGB.* (Do Direito de Legítima Defesa segundo o Código Civil), Würzburg, 1899.

_____. *Recht der Schuldverhältnisse*, veja n. 368.

861. SCHOTT, H., *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (O Contrato obrigatório entre Ausentes), Heidelberg, 1873.

862. SCHREUER, HANS, Das Recht der Toten (*O Direito do Tóteme*), *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 33 (1916), 333 s., e 34 (1917), 1 s.

863. _____. *Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte* (O Corpo humano e os Direitos de personalidade), Bonn, 1919.

864. SCHULTHEIS, R., *Über dei Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben* (Sôbre a possibilidade de relações de direito privado no cadáver humano e partes do mesmo), Halle, 1888.

865. SCHULZ, FRITZ, System der Rechte auf den Eingriffserwerb (*Sistema dos Direitos à aquisição por intromissão*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 105 (1909), 1-486.

866. SCHWARZ, G., *Der Vertragsschluss nach dem BGB. und dem HGB.* (A Conclusão do Contrato segundo o Código Civil e o Código Comercial), Bamberg, 1899 (Diss. Erlangen).

SCHWARZE, Selbshilfe, veja n. 432.

867. SCHWEPPE, ALB., *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung* (O Direito Privado romano em sua aplicação hodierna), Gottingen, 1828, I-II; 1831, III; 1832, IV; 1833, V.

868. SCHWERIN, CLAUDIUS VON, Das Recht am Leichnam (O *Direito ao cadáver*), *Seufferts Blatter für Rechtsanwendung*, 70 (1905), 653 s.

869. SECKEL, EMIL, *Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB.* (A Dissolução e o Restabelecimento da sociedade conjugal segundo o Código Civil), Berlin, 1900. Separata de *Festgabe für* H. DERNBURG (Universität Berlin), 349-395.

870. SERAFINI, F., *Il Telegrafo in relazione alla Giurisprudenza civile e commerciale*, Pavia, 1862.

871. SIBER, H., Zur Theorie von Schuld und Haftung (*Para a teoria de Dívida e Responsabilidade*), *Jherings Jahrbücher*, 50 (1906), 55-276.

872. _____. *Die Passivlegitimation bei der* rei vindicatio *als Beitrag zur Lehre von d. Aktionenkonkurrenz* (A Legitimação passiva na *rei vindicatio* como contribuição à teoria da concorrência de ações), Leipzig, 1907.

873. SIECKE, R., *Was bedeutet das Zuhegen bei den empfangsbedürftigen Wülenserklärungen*? (¿Que significa a Chegada nas Declarações de vontade receptícias?), Borna-Leipzig, 1905.

874. SIEGEL, H., *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund.* (A Promessa como fonte de obrigação), Berlin, 1873.

875. SJÖGREN, W., Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung (Para a *Doutrina das Formas do anti-jurídico e do suporte fáctico da base do dano*), *Jherings Jahrbücher*, 35 (1896), 343-430.

876. SOHM, MARTIN, Der Selbsthilfeverkauf (*A Venda em justiça de mão própria*), *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 53 (1903), 79-140.

877. SOHM, RUDOLPH, *Der Gegenstand* (O Objeto), Leipzig, 1905.

878. _____. Noch einmal der Gegenstand (*Ainda numa vez o Objeto*), *Jherings Jahrbücher*, 53 (1908), 373-394.

_____. *Institutionen*, veja n. 381.

879. SOKOLOWSKI, PAUL, *Die Philosophie im Privatrecht*. I. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung (A Filosofia no Direito privado. I. *O Conceito de Coisa e Corpos na jurisprudência clássica e nas legislações modernas*), Halle, 1902. II. Der Besitz im Klassischen Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetz (A *Posse no direito clássico e na lei civil alemã*), Halle, 1907.

880. SOLANO DO VALE, MANUEL ÁLVARES, *Alegação Jurídica a favor da Vila de Barbacena*, Lisboa, 1736.

881. STAMMLER, R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands* (Exposição da significação penalística do Estado de necessidade), Erlangen, 1878.

882. _____. *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren* (O Direito das Relações de dívida em suas teorias gerais), Berlin, 1897.

883. STAUB, H., *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* (As Violações positivas do contrato e suas conseqüências jurídicas), Berlin, 1902; 1904, 2.ª ed. (E. MÜLLER). Devem-se a H. STAUB o conceito das violações positivas do contrato (aliás, melhor diremos dos negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*) e o estudo científico delas. Depois, vieram, principalmente, os trabalhos de HEINRICH LEHMANN (Die positivien Vertragsverletzungen, *Archiv für die civilistische Praxis*, 96, 60-113), de ARN. BRECHT (System der Vertragshaftung, *Jherings Jahrbücher*, 53, 212-302), de E. ZITELMANN (Nichterfüllung und Schlechterfüllung, *Festgabe für* PAUL KRÜGER, 265 s.) e de P. KRÜCKMANN.

884. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch... nebst Einführungsgesetz*. I. Einleitung und Allgemeiner Teil (TH. LOEWENFELD U. E. RIBZLER), München, 1903-1904; 1910-1911, 5.ª-6.ª ed.; 1912, 7.ª-8.ª ed. II. a) Die allgem. Lehren des Rechts der Schuldverhältnisse (L. KUHLENBECK, 1905, 2.ª ed., 1912, 7.ª-8.ª ed.; b) Einzelne Schuldverhältnisse (K. KOBER U. T. ENGELMANN), 1905, 2.ª ed.; 1912, 7.ª-8.ª III. Sachenrecht (K. KOBER), 1903-1904; 1912, 7.ª-8.ª ed.; IV. Familienrecht (TH. ENGELMANN), 1903-1905, 2.ª ed.. V. Erbrecht (F. HERZFELDER), 1903-1904.

885. STELLA MARANCA, *Intomo ai fragmenti di Celso, Roma*, 1915.

886. STINTZING, WOLFGANG, Über *vis maior* im Zusammenhang mit *periculum* und Haftung (*Sôbre* vis maior *conjuntamente com* periculum *e responsabilidade*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 81 (1893), 427-469.

887. STIPANSKI, HANS, *Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage* (Concorrência da ação contratual com a ação do delito), Greifswald, 1901.

888. STÖLZEL, A., *Schulung für die civilistische Praxis*, Berlin, 1894, I-II; 1898, I, 3.ª ed., 1909, 9.ª ed.; II, 2.ª ed.; 1902, II, 3.ª ed.; 1914, I-II.

889. STÖSSEL, J., *Die stillschweigende Willenserklärung nach römischem Rechte* (A Declaração de vontade tácita segundo o direito romano), Zürich, 1859.

890. STROHAL, E., Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (*Para o Direito de Posse do projeto do Código Civil para o* Reich *alemão*), *Jahrbücher für die Dogmatik*, 29 (1890), 336-396.

_____. *Der Sachbesitz*, veja n. 393.

891. STRYK, S., *Praelectiones viadrinae de cautelis contractum necessariis*, Wittenbergae, 1722.

892. STUDENRAUCH, M. VON, Der elektrische Telegraph in privatrechtlicher Beziehung (*O Telégrafo elétrico em relações de direito privado*), *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, 12 (1862), ns. 18 e 19.

893. _____. *Kommentar zum allgemeinen österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuche* (Comentário ao Código Civil geral austríaco), Wien, 1876, 4.ª ed.; 1892-1894, I-II, 6.ª ed.; 1899, 7.ª ed.

894. SZAMOTULSKI, THEODOR, *Der Vertragsschluss ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden* (A Conclusão sem declaração de Aceitação perante o oferente), Freiburg i. B., 1903.

895. TEISSEIRE, M., *Essai d'une Théorie générale sur le fondement de la Responsabilité*, Paris, 1901.

TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, veja n. 400.

_____. *Esbôço*, veja n. 401.

896. THEILEMEYER, W., *Der Selbsthilfeverkauf* (A Venda em justiça privada), Erlangen, 1899.

897. THIELE, Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Die Surrogation nach §§ 1381, 1382 (*Estudos para o direito doa bens matrimoniais do Código Civil, A Sub-rogação segundo os §§ 1381, 1382*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 91 (1901), 1-72.

THÖL, H., *Einleitung*, veja n. 407.

THON, A., *Rechtsnorm*, veja n. 408.

898. TITZE, H., *Die Notstandrechte im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung* (Os Direitos de estado de necessidade no Código Civil alemão e sua evolução histórica), Leipzig, 1897. Interpretação da L. 7, § 3, D., *quod vi aut ciam*, 43, 24 (p. 57).

899. _____. *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht* (A Impossibilidade da prestação segundo o Direito civil alemão), Leipzig, 1900.

900. _____. Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedüftigen schriftlichen Willenserklärungen (*O Momento da Chegada nas declarações receptícias de Vontade escritas*), *Jherings Jahrbücher*, 47 (1904) 379-466.

901. _____. *Die Lehre vom Missverständnis* (A Doutrina do Malentendido), Berlin, 1910.

902. TOBIAS, H., Eigentumserwerb durch Verbindung (*Aquisição da propriedade por adjunção*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 94 (1903), 371-477.

903. TOBLER, H., *Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr* (O domínio limítrofe do Estado de necessidade e da Legítima defesa), Leipzig, 1894.

904. TRÄGER, LUDWIG, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (O Conceito causal no Direito penal e civil), Marburg, 1904.

905. TREITEL, RICHARD, *Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten* (A Impossibüidade da prestação e a Mora nas obrigações de abstenção), Berlin, 1902.

906. TUHR, A. VON, *Der Notstand im Civilrecht* (O Estado de necessidade em direito civil), Heidelberg, 1888.

907. _____. *Actio de in rem verso zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsfürung* (Actio de in rem verso, com a contribuição à teoria da Gestão de negócios), Leipzig, 1895.

908. _____. Zur Lehre von der Anweisung (*Para a doutrina da Assinação*), *Jherings Jahrbücher*, 48 (1904), 1-62.

909. _____. Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (*Para a Teoria do Enriquecimento indevido*), *Aus römischem und bürgerlichem Recht* (ERNST IMMANUEL BEKKER *zum 16. August 1907 überreicht*), Weimar, 1907.

_____. *Der Allgemeine Teil*, veja n. 413.

910. TURNAU, W., – FÖBSTER, K., *Das Liegenachaftsrecht* (O Direito imobiliário), Paderborn, 1900, 1.ª ed., 1906, 3.ª ed., I-II. Cita-se também a 2.ª ed., de 1902, I, e 1903, II.

911. UBBELOHDE, A., *Die Interdicte zum Schutze des (gemewgebrauches* (Os Interditos para proteção do uso comum), Erlangen, 1893.

912 ULRICH, F. TH., *Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners* (A Deposição e a Derrelicção com fito de deliberação do devedor), Zürich, 1877.

913. UMRATH, SIEGFRIED, *Der Begriff des wesentlichen Bestandteils und die Frage seiner Anwendung auf Fabrik und Maschinen* (O Conceito de Parte integrante essencial e a questão da sua aplicação a fábrica e máquinas), Stuttgart, 1908.

914. UNGER, JOSEPH, *Handeln auf eigene Gefahr* (Obrar a risco próprio), Jena, 1891; 1891, 2.ª ed.; 1904, 3.ª ed.

914-A. UNGER, J., *Handeln auf fremde Gefahr* (Obrar a risco alheio), Jena, 1894. Nos *Jherings Jahrbücher*, 83, 299-369.

_____. *System*, veja n. 416.

915. UNTERHOISNER, K. A., Von der Erwerbung des Eigentums an den Erzeugnissen (*Da aquisição da propriedade sôbre os produtos*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 8 (1842), 809-361.

VALASCO, ÁLVARO, *Decisionum*, veja n. 416.

916. VALLIMARESCO, A., *La Justice privée en droit moderne*, Paris, 1926.

917. VANGEROW, K. AD. VON, Über *die* Latini Juniani, Marburg, 1833.

918. _____. *Lehrbuch der Pandekten* (Tratado das Pandectas), Marburg u. Leipzig, 1851-1856, I-III, 6.ª ed; 1876, 7.ª ed.

VAZ, TOMÉ, *Allegationes*, veja n. 419.

919. VEIGA CABRAL, P. G. T., *Direito Administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, 1859.

920. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Exposição comparada do Direito penal alemão e estrangeiro), Berlin, 1906-1919, I-XVI.

921. VIDAL, G., *Le Téléphone au point de vue juridique*, Paris, 1886.

922. VINNIUS, A., *In IV Libros Institutionum imper. Commentarius*, Amsterdam, 1659, 3.ª ed.; 1676, ed. postrema.

923. VITRY, MAX, *La Détermination du fait de l'homme, de l'animal et de la chose*, Paris, 1922.

924. VRIES, *De Delictis omissionis*, (exemplar sem fêlha de rosto).

925. WACH, A., Das Geständnis (*A Confissão*), *Archiv für die civilistische Praxis* 4 (1881), 201-255.

926. _____. Urteilsnichtigkeit (*Nulidade da sentença*), *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, III (1881), 373 s.

927. WÄCHTER, C. G. VON, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts* (Manual de Direito privado vigente no reino de Vurtemberga), Stuttgart, 1839-1842, I-II.

928. _____. *Erörterungen aus dem römischen deutschen und Wurttembergischen Privatrechte* (Discussões oriundas do Direito privado romano, alemão e vurtemberguês), Stuttgart, 1845, I; 1846, II.

_____. *Pandekten*, veja n. 428.

929. WALDMÜLLER, HANS, *Verletzung von Schuldnerpflicht und unerlaubte Handlung* (Violação do dever obrigacional e ato ilícito), Tübingen, 1907. A propósito do problema da concorrência de regra jurídica sôbre ilícito *stricto sensu* e de regra jurídica sôbre ato

ilícito relativo, frisou que a incidência dessa, em vez daquela, quando isso se dá, concerne ao elemento-culpa do suporte fáctico, e não ao elemento *contrariedade a direito* (p. 4): "In diesem Falle sei nicht... die Rechtwidrigkeit ausgeschlossen, sondern das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens komme mit Rücksicht auf das Schuldverhältnis vollkommen in Wegfall".

WALLER, ALFRED, *"Surrogation"*, veja n. 429.

930. WALSMANN, H., Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung (*Contribuição à doutrina da Condição potestativa*), *Jheringe Jahrbücher*, 54 (1909), 197-302.

931. WALTER, H., *Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB.* (O Direito do divórcio segundo o Código Civil), Erlangen, 1897.

932. WAPPÄUS, H., *Zur Lehre von den der Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht* (Para a Teoria das Coisas subtraídas ao tráfico jurídico, segundo o direito romano e hodierno), Göttingen, 1867.

933. WARNEYER, OTTO, *Kommentar*, veja n. 430.

WEBER, ANTON, *Beitrag zur Dogmatik des Namensrechts* (Contribuição à dogmática do Direito ao nome), Hechingen, 1903.

934. WEDEMEYER, W., *Der Abschluss eines obligatorischen Vertrags durch Erfüllungs- und Aneignungshandlugen* (A Conclusão de contrato obrigacional por atos de execução e de apropriação), Göttingen, 1904.

935. _____. Die Aeusserungstheorie im geltenden Recht (*A Teoria da exteriorização no vigente direito*), *Deutsche Juristen-Zeitung*, 17 (1912) 252-256.

WEISKE, J., *Rechtslexikon*, veja n. 432.

936. WELLSPACHER, M., *Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im BGB.* (A Confiança no suporte fáctico exterior), Wien, 1906.

937. WENDT, OTTO, Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung (*O Direito do mais forte, ou defesa da posse e a tutela da posse*), *Jheringe Jahrbücher*, 21 (1883), 56-342.

938. _____. *Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht* (Omissões e Descuidos no Direito civil), Tübingen und Leipzig, 1902. Também *Archiv für die civilistische Praxis*, 92 (1902), 1-287

939. _____. Wie etwas heisst und was es ist! (*Como algo se chama e o que é!*), *Archiv für die civilistische Praxis*, 103 (1908), 417-460.

940. WENGLER, A., Über die Beweislast des Telegramms (*Sôbre o ônus da prova do Telegrama*), *Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung*, 21, n. 5V.

941. _____. *Elektrizität und Recht im Deutsche Reiche* (Eletricidade e Direito no *Reich* alemão), Leipzig, 1900.

942. WESSELY, *Die Befugnisse des Notstands und der Notwehr nach österreichischem Recht* (As permissões de Estado de necessidade e de Legítima defesa segundo o direito austríaco), Prag, 1862.

943. WEYL, *R., System der Verachuldensbegriffe im BGB.* (Sistema dos conceitos de Culpa no Código Civil), München, 1905.

944. WIDMANN, WALTER, *Der Begriff des wesentlichen Bestandteils im geltenden Recht* (O Conceito de Parte integrante essencial no direito vigente), Stuttgart, 1909.

945. WIERUSZOWSKI, A., *Handbuch des Eherechts* (Manual de Direito matrimonial), Düsseldorff, 1904, I-II.

946. WILMOWSKI, K. VON, e KARLBAUM-KÜHNE, A., *Reichskonkursordnung* (Lei concursal do *Reich*), Berlin, 1907.

947. WILUTZKI, Die Verfügungen des BGB. (*As Disposições do Código Civil*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 28 (1906), 53-80.

948. WIMPHEIMER, H., Kann ein Gegenstand Zubehör mehrerer Sachen sein? (*¿Pode um objeto ser pertença de muitas coisas?*), *Archiv für Bürgerliches Recht*, 29, 84-91.

WINDMÜLLER, E., *Die Bedeutung*, veja n. 441.

WINDSCHEID, B., *Die* Actio, veja n. 443.

_____. *Lehrbuch*, veja n. 445.

949. WOLFF, MARTIN, *Der Bau auf fremden Boden, insb. der Grenzüberbau nach dem BGB.* (A construção em terreno alheio, particularmente a construção além dos limites segundo o Código Civil), Jena, 1900. Mudou de opinião a respeito do § 912 do Código Civil alemão (*Lehrbuch*, III, 8.ª ed., 166 s.).

950. WOLFF, MAX, Sachmängel beim Kauf (*Vícios da coisa na compra-e-venda*), *Jheringe Jahrbücher*, 56 (1910), 1-86.

951. ZITELMANN, E., *Internationales Privatrecht*, München u. Leipzig, 1879, I-II.

952. _____. *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB.* (Os Negócios jurídicos no Projeto de Código Civil), Berlin, 1889, I-II.

953. _____. Ausschluss der Widerrechtlichkeit (*Exclusão da Contrariedade a direito*). *Archiv für die civilistische Praxis*, 99 (1906), 1-130. Também Tübingen, 1906.

954. _____. Nichterfüllung und Schlechterfüllung (*Não-adimplemento e adimplemento mau*), *Festgabe für* P. KRÜGER, 1910, 265 s.

955. _____. Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen (*Negócio de transferência e aquisição da propriedade em partes integrantes*), *Jherings Jahrbücher*, 70 (1921), 1-69.

_____. *Irrtum und Rechtsgeschäft*, veja n. 450.

_____. *Allgemeiner Teil*, veja n. 451.

Livros Não-Jurídicos

XX. ALBUQUERQUE, AFONSO DE, *Comentários do grande Afonso Dalboquerque, capitam geral que foi das Indias Orientais*, Lisboa, 1576, 2.ª ed.; 1774, 3.ª ed., I-IV.

AULO-GÉLIO, *Noctes atticae*, veja n. I (Paris, 1860).

XXI. AZURARA, G. E. DE, *Chronica delrey D. Ioam I do boa memoria e dos reys de Portugal o décimo*, Lisboa, 1644, I-III (I e II, compostos por FERNÃO LOPES; III, por GOMES EANNES D'AZURARA).

BARROS, JOÃO DE, *Décadas*, veja n. III.

XXII. CALDAS AULETE, F. J., *Dicionário Contemporâneo da Língua portuguesa*, Lisboa, 1881.

XXIII. CALÓGERAS, JOÃO PANDIÁ, *As Minas do Brasil e sua legislação*, 1904-1905, I-III.

CONSTÂNCIO, FRANCISCO SOLANO, *Nôvo Dicionário*, veja n. IV.

CORSSEN, *Über Aussprache*, veja n. V.

XXIV. DIÓGENES LAÉRCIO, *Vitae philosophorum*.

MORAIS E SILVA, ANTÔNIO DE, *Dicionário*, veja n. XI.

XXV. PAIVA DE ANDRADE, DIOGO, *Sermões*, Lisboa, 1603, I; II, 1604; III, 1615.

XXVI. TEOFRASTO, *De Causis plantaram*.

ÍNDICES

Alfabético dos Autores citados

Cronológico da Legislação

Cronológico da Jurisprudência

Alfabético das Matérias

I

ÍNDICE ALFABÉTICO DOS AUTORES CITADOS

ABELLO, L., § 133, 3.

ADAMKIEWICZ, §§ 115, 1; 119, 1.

AFFOLTER, A., § 210, 2.

AFFOLTER, F., §§ 115, 1; 127, 3; 128, 4; 140, 1, 6.

AFRICANO, § 140, 8.

AHSBAHS, LEO, § 184, 2.

ALBERTI, O., § 186, 2.

ALBUQUERQUE, AFONSO DE, § 141, 1.

ALEXANDER, E., § 210, 2.

ALFENO, § 140, 8.

ALMEIDA E SOUSA, MANUEL DE, §§ 141, 4; 143, 2; 146, 1, 2; 194, 4; 196, 3.

AMARAL, ANTÔNIO CARDOSO DO, § 196, 3.

ANDRADE, DIOGO DE PAIVA DE, § 141, 1.

ANDREOLI, G., §§ 144, 1; 145, 5.

ARISTÓTELES, § 126, 1.

AUBRY e RAU, § 154, 1, 4.

AUERBACH, J., § 217, 2.

AULETE, F. J. CALDAS, § 141, 1.

AULO-GÉLIO, § 153, 2.

AZEVEDO, FILADELFO, § 131, 4.

AZURARA, § 141, 1.

BÄHR, O., §§ 165, 4; 174, 4.

BARBOSA, PEDRO, § 143, 2.

BARROS, JOÃO DE, § 141, 1.

BARTELS, L., § 217, 2.

BAUMANN, H., § 183, 6.

BEER, L., § 195, 2.

BEHR, A., § 235, 6.

BEHREND, H., § 170, 2.

BEKKER, E.I., §§ 113, 2; 116, 1; 121, 3; 143, 2; 211, 1; 217, 1; 222, 2; 238, 8; 248, 1.

BELLERMANN, W., § 154, 5.

BENSA, P. EMÍLIO, § 131, 1.

BENTO PEREIRA, § 223, 3.

BERNER, O., § 210, 2.

BERTHÉLEMY, H., § 151, 1.

BESELER, G., § 143, 2.

BETTMANN, H., § 235, 2.

BEYER, R., § 154, 5.

BIANCHI, F. S., § 133, 3.

BIERLING, E. R., §§ 207, 4, 5; 224, 1.

BIERMANN, J., §§ 115, 1; 116, 3; 127, 5; 130, 3; 135, 2; 150, 6; 151, 3; 155, 6; 183, 5; 186, 6; 196, 3; 203, 1; 211, 1; 233, 4; 235, 1, 8; 237, 2.

BINDER, J., §§ 115, 1; 116, 4; 117, 3; 127, 6; 222, 3.

BINDING, K., §§ 116, 1; 175, 3; 177, 2; 186, 1; 202, 2.

BLUME, W. VON, §§ 116, 4; 150, 3; 170, 2; 237, 2.

BLUNTSCHLI, J. C., §§ 225, 11.

BOLAFFIO, § 225, 11.

BONFANTE, PIETRO, §§ 133, 1; 143, 2.

BORGES CARNEIRO, MANUEL, § 150, 3.

BORMANN, § 178, 3.

BRAENDLE, § 127, 5.

BRASSLOFF, ST., § 178, 3.

BREIT, J., §§ 159, 3; 223, 2, 4; 225, 1; 235, 2; 239, 2.

BREITENSTEIN, B., § 163, 2.

BRINZ, A., § 135, 1.

BRISSONIUS, B., § 225, 1.

BRODMANN, E., §§ 178, 6; 211, 1; 212, 2.

BROMBERG, E., § 225, 6.

BRÜTT, L., § 178, 6.

BRUGI, BIAGIO, § 143, 2.

BRUNNER, H., § 191, 3.

BRUNS, C. G., § 113, 2.

BRUNS, V., §§ 211, 1; 212, 2.

BRUTO, M. JÚNIO, § 140, 4.

BUCHHOLTZ, A. A. VON, § 143, 2.

BÜLDT, § 121, 3.

BÜLOW, O., § 210, 2.

BÜRGNER, § 171, 2.

BUNSEN, F., § 127, 9.

BURI, M. VON, § 186, 1.

BUSCH, F. B., § 225, 11.

CALDAS, FRANCISCO DE, § 143, 2.

CALISTRATO, § 191, 3.

CALÓGERAS, PANDIÁ, § 141, 4.

CAMMEO, F., § 151, 1.

CAPITANT, H., § 154, 5.

CARVALHO, CARLOS DE, §§ 142, 2; 155, 2.

CARVALHO DE MENDONÇA, M. I., § 178, 3.

CASSIN, R., § 191, 4.

CÁSSIO, § 140, 1, 8.

CELSO, §§ 143, 2; 178, 2, 3, 8, 10; 186, 2.

CÉVOLA, §§ 126, 1, 2; 143, 2; 178, 1; 225, 7.

CHIOVENDA, G., § 133, 3.

CÍCERO, § 176, 1.

CLAPAREDE, H. DE, § 235, 2.

COELHO DA ROCHA, §§ 178, 3; 191, 4.

COHN, G., § 210, 2.

COHN, W., § 225, 5.

COLLINET, P., § 197, 1.

CONSTÂNCIO, FRANCISCO SOLANO, § 141, 1.

CORREIA TELES, §§ 178, 3; 248, 1.

CORSSEN, § 225, 1.

CORTESÃO, A. A., § 158, 1.

COSACK, KONRAD, §§ 116, 4; 135, 2; 140, 6; 154, 1; 172, 9; 183, 2; 186, 2; 213, 1.

COSTA, E., § 248, 1.

COVIELLO, N., §§ 131, 1; 133, 3.

CRAMER, K. E., § 116, 1.

CRÉMIEU, L., § 191, 4.

CROME, C., §§ 121, 1, 2; 127, 5, 10; 154, 1; 166, 3; 170, 2; 172, 8; 192, 2; 223, 6; 233, 2; 235, 2; 240 2.

CURTI-FORRER, E., § 144, 2.

CZYHLARZ, K. RITTER VON, §§ 140, 1, 10; 178, 2.

DA CRUZ FREIRE, § 143, 3.

DAHN, FELIX, § 127, 8.

DANNENBAUM, § 186, 2.

DAVID, A., § 223, 3.

DAVIDSON, C., § 240, 3.

DEMOGUE, R., §§ 154, 5; 191, 4; 195, 1.

DEMOLOMBE, C, §§ 142, 2; 145, 5.

DERNBURG, H., §§ 113, 2; 116, 1, 2; 119, 1; 135, 1; 140, 1, 10; 164, 1, 3; 161, 1; 163, 2; 165, 4; 170, 2; 171, 1; 172, 6, 8; 174, 4; 178, 6; 185, 4; 186, 6; 191, 3; 194, 4; 211, 1; 217, 2; 223, 2, 3; 225, 10; 237, 2; 239, 2; 240, 2, 5; 241, 2.

DIÓGENES LAÉRCIO, § 153, 2.

DITTENBERGER, H., § 217, 3.

DONELO. HUGO, § 140, 1, 6.

DRECHSLER, FR., § 165, 4.

EBBECKE, § 211, 1.

EBBERHARD, § 140, 6.

ECK, E., §§ 121, 2; 129, 3; 135, 2; 154, 1; 170, 2; 185, 4; 198, 1.

EHRENBERG, V., § 149, 1.

EISELE, FR., § 150, 6.

ELTZBACHER, P., §§ 207, 4; 211, 1; 217, 1; 218, 2; 223, 4; 235, 1, 2, 8, 9, 10, 14; 237, 1, 2; 239, 2.

ELVERS, R., § 121, 3.

ENDEMANN, F., § 120, 2; 154, 1; 163, 2; 170, 2; 178, 6; 183, 2; 185, 3, 4; 186, 2; 217, 1; 223, 6; 235, 6; 237, 2; 239, 2; 240, 5; 245, 1.

ENDEMANN, W., § 210, 2.

ENGELMANN, § 237, 2.

ENCELMANN-KEIDEL, § 161, 1.

ENNECCERUS, L., §§ 113, 2; 116, 1; 117, 3; 124, 3; 127, 8; 135, 2; 143, 2; 145, 3; 146, 1; 151, 1; 154, 1, 3; 161, 7; 163, 1, 2; 164, 3; 171, 3; 172, 6, 7, 8; 177, 3; 178, 6, 8; 183, 2, 3, 7; 185, 4; 186, 1, 4; 195, 1; 196, 3; 198, 1; 217, 1; 225, 10; 226, 1; 233, 1; 240, 6; 242, 1.

ERLER, J., § 240, 3.

EXNER, FRANZ, § 178, 6.

FADDA, CARLO, § 131, 1.

FEBO, MELCHIOR, § 248, 1.

FEDER, E., § 163, 2.

FERRARA, F., § 144, 1.

FERRINI, C., § 143, 2.

FILOMUSI-GUELFI, F., § 131, 1.

FISCHER, H. A., §§ 179, 1; 182, 2; 183, 2, 4, 5, 6; 186, 5, 7.

FISCHER, O. CHR., §§ 170, 2; 172, 7; 211, 1; 217, 1; 235, 14; 240, 2, 3.

FLACH, E., § 154, 4.

FLEINER, F., § 151, 1.

FÖRSTER, K., § 203, 1.

FÖRTSCH, § 223, 1.

FRANCK, R., §§ 177, 2; 186, 2.

FREUDENBERG, E., §§ 240, 1, 2; 244, 2; 246, 2.

FRIEBE, § 217, 2.

FRIEDMANN, FRITZ, § 240, 2.

FROMHERZ, P., § 171, 2.

FUCHS, E., § 135, 1, 2.

FUCHS (de Marburg), §§ 154, 3; 225, 11.

FUNKE, G. L., § 143, 2.

GABBA, C, § 225, 11.

GAIO, §§ 117, 5; 140, 1, 8; 156, 1; 176, 1; 178, 2, 3, 8; 183, 1; 186, 2; 225, 1.

GALVANUS, M. A., § 121, 3.

GAREIS, K., §§ 116, 1, 3, 4; 217, 1; 235, 9.

GENGLER, H. G., § 143, 2.

GERBER, F. VON, § 143, 2.

GESTERDING, F. C., §§ 140, 10; 143, 2; 217, 3.

GIERKE, O. VON, §§ 116, 1, 4; 127, 8; 129, 3; 135, 2; 144, 1, 3; 150, 6; 151, 1; 155, 6; 186, 6; 191, 3; 207, 4; 217, 1; 223, 1; 235, 2.

GIRARD, P. F., § 191, 3.

GLÜCK, CH. FR., §§ 121, 3; 140, 1, 10; 143, 2.

GMÜR, M., § 145, 5.

GNEIST, H. R., § 140, 1.

GÖPPERT, H., §§ 135, 1; 140, 1, 10; 142, 1; 143, 2.

GÖSCHEN, J. FR., § 121, 3.

GOLDBERGER, J. T., § 237, 2.

GOLDMANN, E., -LILIENTHAL, H., §§ 121, 2; 183, 2; 235, 2.

GOLDSCHMIDT, L., §§ 116, 4; 179, 1; 210, 2.

GOTTSCHALCK, H., § 222, 3.

GRADENWITZ, O., §§ 225, 1; 248, 1.

GRAWINKEL, § 225, 11.

GREIF, § 154, 3.

GRÓCIO, § 225, 1.

GROSS, H., § 187, 4.

GRUCHOT, J. A., § 210, 2.

GUILLOUARD, L., § 191, 4.

HABICHT, H., § 223, 3.

HACHENBURG, M., § 163, 2.

HÄRLIN, J. G. B., § 222, 2.

HAGEN, W. VON, § 181, 2.

HAGER, L. VON, § 185, 3.

HAIDLEN, O., § 154, 1.

HALBEN, H., § 165, 4.

HANAUSECK, G., § 121, 3.

HARTMANN, G., § 165, 4.

HASENHÖHRL, V., § 225, 7.

HASSE, J. CHR., § 178, 2.

HATSCHEK, JULIUS, § 151, 1.

HAVER, R., § 195, 2.

HAYMANN, FR., § 233, 7.

HEDEMANN, J.W., § 223, 2.

HEILBORN, E., §§ 127, 3, 5, 6; 128, 5.

HEIMBACH, G. E., § 140, 1, 10, 11.

HEINRICH, AMTON, § 174, 3.

HELD, PH., § 121, 3.

HELLMANN, FR., §§ 116, 1, 4; 217, 1.

HELLWIG, K., §§ 117, 3; 154, 3; 166, 3; 170, 2, 3; 171, 2; 195, 1; 222, 3; 233, 8.

HENLE, R., § 240, 2.

HENLE, W., §§ 211, 1; 217, 1; 235, 14; 240, 2, 3.

HENRY, A., § 154, 5.

HEPP, E., § 225, 11.

HEROLD, K., § 127, 5.

HERRNRITT, R. H., § 151, 1.

HERTZ, W., § 210, 2.

HEUMANN, H. G., §§ 154, 1; 178, 3.

HEUSLER, A., § 233, 1.

HEYER, F., §§ 192, 2; 194, 2; 195, 1; 196, 5; 199, 1, 3; 201, 1.

HEYMANN, E., § 172, 9.

HEYNE, § 222, 2.

HIMMELSCHEIN, J., § 226, 1.

HIPPEL, R. VON, § 177, 2.

HIRSCH, H. C., §§ 130, 1; 195, 1.

HIRSCH, P., § 195, 2.

HIRSCHLAND, K., § 127, 5.

HÖLDER, E., §§ 116, 1; 117, 3; 140, 1, 6, 9, 10; 183, 2, 3; 185, 3; 186, 2; 223, 2, 7; 235, 2, 9; 239, 2.

HOFFMANN, § 225, 11.

HOFFMANN, GEORG, § 122, 3.

HOYER, § 127, 3.

HOHENEMSER, H., § 122, 3.

HOLLWECK, J., § 240, 3.

HOLTZENDORFF, F. VON, §§ 133, 2; 120, 1.

HONIG, R., § 202, 2.

HUBER, E., § 143, 3.

HUC, TH., § 196, 3.

HUECK, A., § 186, 2, 4.

HÜNNEBECK, § 235, 2.

HUSCHKE, K., § 222, 2.

HUSCHKE, PH. E., § 225, 1.

ISAAC, MARTIN, § 123, 1.

ISAY, H., §§ 170, 2; 178, 6; 217, 1; 223, 2, 7.

ISIDORO, § 140, 9.

JACOBI, L., § 225, 7; 240, 2.

JACOBSOHN, A., § 226, 1.

JÄGER, E., § 153, 2.

JANKA, K., § 186, 1.

JANKE, H., § 140, 1, 10.

JASÃO DE MAINO, §§ 154, 1; 225, 1.

JAVOLENO, §§ 140, 3, 7, 11; 141, 3; 165, 4.

JHERING, R. VON, §§ 116, 4; 121, 3; 155, 6; 165, 4; 174, 4; 217, 2.

JOACHIM, H., § 171, 2.

JOSÉ HIGINO, § 141, 4.

JOSEF, EUGEN, § 116, 4.

JULIANO, §§ 140, 1; 196, 5.

KANT, I., § 184, 2.

KARLOWA, O., § 248, 1.

KASTEN, R., § 217, 3.

KELLER, F. L. VON, § 143, 2.

KIERULFF, J. G., §§ 113, 2; 143, 2.

KIPP, TH., §§ 116, 4; 127, 10; 144, 3; 154, 1; 161, 1; 170, 2; 223, 2; 225, 9; 235, 2, 16; 236, 2; 240, 2.

KISCH, W., § 172, 4, 8; 221, 1.

KLEIN, FRANZ, § 155, 5.

KLEIN, P., § 159, 3; 212, 2; 233, 9; 235, 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11; 236, 2; 237, 1, 2, 3; 240, 6; 245, 1, 2.

KLEINEIDAM, F., §§ 172, 7; 174, 3, 4; 185, 3.

KLOESS, ARNO, § 115, 1; 153, 2.

KNAUTH, R., § 217, 2.

KNIEP, K. F. F., § 235, 2.

KNIEP, FERDINAND, §§ 211, 1; 217, 2.

KOCH, RICHARD, §§ 225, 9; 235, 2, 16; 236, 2.

KOEHNE, W., § 223, 1.

KOEPPEN, A., §§ 165, 4; 174, 4.

KOHLER, J., §§ 116, 1, 4; 120, 1; 127, 10; 135, 2; 140, 1, 5; 142, 1, 2; 143, 2; 144, 1; 145, 2; 147, 2; 154, 1, 2; 166, 3; 170, 2; 175, 3; 177, 2; 183, 2, 5, 6, 7; 186, 5; 195, 2; 210, 2; 222, 2; 223, 1; 225, 11; 235, 2; 237, 2.

KOPF, F., § 195, 2.

KOPPERS, B., § 223, 1, 2, 6.

KORN, A., § 171, 2.

KRAINZ, J., § 143, 2.

KRAMER, A., § 116, 4.

KREBS, § 217, 2.

KRESS, H., § 203, 1.

KRETSCHMAR, P., § 159, 3.

KRETZSCHMAR, F., §§ 186, 6; 196, 3; 203, 1.

KRICHAUFF, G., § 235, 2.

KRONER, H., § 183, 6.

KRÜCKMANN, P., §§ 127, 9, 11; 172, 4, 6; 221, 1.

KRÜGER, G., § 163, 2.

KÜHN, E., § 225, 5.

KÜLBER, § 178, 3.

KUHLENBECK, L., §§ 140, 1, 12; 170, 2; 217, 1; 237, 2.

KULPIS, G., § 116, 4.

KUMMER, R., § 225, 7.

KUNSTMANN, A., § 222, 3.

KUNZE, W., § 166, 3.

KURTS, T., § 217, 3.

LABEÃO, §§ 140, 3, 8; 143, 2.

LACERDA DE ALMEIDA, § 141, 4.

LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, § 141, 4

LAJUNIAIS, § 191, 4.

LALLEMENT, P., § 191, 4.

LAMPREIA, § 143, 3.

LANDSBERG, E., §§ 154, 2; 178, 6.

LANGKEINEKEN, P., §§ 120, 1; 170, 2; 239, 2.

LARENZ, K., § 113, 2.

LAURENT, F., § 133, 3.

LEEMANN, H., § 145, 5.

LEHMANN, H., §§ 163, 1; 172, 7, 8; 173, 4.

LEIST, B. W., § 140, 10.

LENEL, O., §§ 113, 2; 127, 3, 8; 128, 3; 140, 11; 185, 4; 225, 1; 230, 2; 232, 2.

LENT, F., §§ 117, 3; 159, 3; 166, 3.

LEONHARD, F., §§ 146, 2; 178, 6; 185, 2; 211, 1; 223, 4, 7.

LEONHARD, R., §§ 117, 3; 140, 9; 198, 1; 217, 1; 223, 1; 235, 2; 237, 2; 239, 2.

LEVITA, C, § 184, 2; 186, 1.

LIEBE, F., § 225, 1.

LILIE, FRANZ, § 174, 4.

LINCKELMANN, K., §§ 163, 2; 170, 2; 178, 6; 183, 2.

LINS, EDMUNDO, § 150, n. 4.

LISZT, F. VON, § 163, 2; 164, 4; 166, 3; 170, 2; 177, 2; 178, 6, 9; 183, 2; 186, 1, 5.

LITTEN, § 225, 1.

LITTEN, F., § 178, 6.

LOBE, A., § 225, 6.

LUDEWIG, J., § 225, 11.

LÜTTGERT, G., §§ 240, 1, 2; 244, 2; 246, 2.

LUTZ, W., § 174, 4.

MAAS, G., § 225, 5, 11.

MADAI, C. O. VON, § 121, 3; 235, 2.

MAENNER, K., §§ 186, 6; 196, 3.

MANIGK, A., §§ 159, 3; 211, 1; 217, 1; 223, 2; 233, 4; 235, 1, 2, 8, 9, 10, 11, 14, 15; 237, 1, 2; 239, 2.

MANÍLIO, M., § 140, 4.

MARCIANO, § 191, 3.

MARSSON, R., § 225, 1, 11.

MARTINO, FRANCESCO DE, §§ 131, 1; 140, 10.

MASCHKE, R., § 113, 2.

MATTHIASS, B., §§ 116, 2, 3; 119, 1; 172, 6; 185, 3; 210, 2; 222, 3; 235, 2; 240, 2, 3.

MATHIEU, C, § 186, 1.

MAYER, HERBERT, § 127, 8.

MAYER, O., §§ 150, 6; 189, 3.

MEILI, F., § 225, 11.

MEISNER, J., §§ 116, 2; 120, 1; 183, 3; 186, 5, 6.

MELO FREIRE, §§ 141, 4; 196, 1, 2.

MENDE, G., § 163, 2.

MERKEL, ADOLF, § 218, 2.

MERKEL, E., § 116, 4.

MERKEL, R., §§ 163, 1; 186, 3, 8; 187, 1; 218, 2.

MERLIN, § 191, 4.

MEYER, MAX, § 235, 2.

MISPOULET, § 141, 3.

MITTEIS, L., §§ 176, 1; 178, 2, 3, 10; 181, 1; 248, 1.

MITTELSTEIN, M., § 237, 2.

MITTERMAIER, C. J. A., § 225, 11.

MODESTINO, §§ 116, 4; 165, 4; 170, 3.

MOMMSEN, FR., § 154, 1; 165, 4; 174, 4; 235, 2.

MORAIS, SILVESTRE GOMES DE, §§ 194, 4; 239, 2.

MORAIS E SILVA, ANTÔNIO DE, § 141, 1.

Moreira, Guilherme Alves, § 156, 2.

Moriaud, P., § 186, 1.

Müller, A., § 217, 3.

Müller, R., § 218, 2.

Múcio Cévola, P., § 140, 4.

Nerva, § 178, 10.

Neubecker, F. K., §§ 183, 7; 186, 6.

Neugebauer, W., § 223, 6.

Neumann, Fr. J., § 140, 1.

Neumann, H., § 120, 1; 211, 1; 235, 2; 237, 2; 240, 2.

Neuner, C, § 113, 2.

Nikonoff, Serg. von, § 140, 10.

Nipperdey, Hans Carl, §§ 117, 3; 127, 8; 143, 2; 161, 7; 171, 3; 240, 6.

Nissen, § 129, 3.

Noodt, G., § 121, 3.

Oegg, § 163, 1.

Oersted, § 164, 2.

Oetker, F., §§ 183, 2, 3, 7; 186, 1.

Oertmann, P., §§ 116, 1, 3, 4; 120, 2; 121, 1, 2; 127, 3, 8, 10; 128, 3, 4; 129, 3; 130, 3; 140, 5, 9; 154, 1; 163, 2; 170, 2; 172, 6, 9; 178, 6; 183, 5, 7; 185, 4; 186, 5; 192, 2; 194, 26; 198, 1; 210, 2; 223, 1, 2, 6, 7; 225, 10; 226, 1; 233, 4; 235, 2, 8; 237, 2; 238, 1, 2; 240, 2, 3.

Oliveira, Adriano de, § 156, 7.

Olhausen, J. von, § 202, 2.

Olshausen, Th., § 235, 6.

Opet, O., § 240, 6; 241, 2.

Paasche, E., § 174, 3.

Paech, F., §§ 127, 5; 235, 2.

Pagenstecher, E., §§ 140, 10; 217, 3.

Papiniano, § 140, 6; 143, 2.

Partsch, J., § 248, 1.

Paulmier, J., § 154, 4.

Paulo, §§ 140, 12; 165, 4; 170, 3; 178, 2, 10; 222, 3.

Pêgas, Manuel Álvares, §§ 143,1, 2, 3; 146, 2; 248, 1.

Peipelmann, G., § 223, 3.

Pernice, A., § 140, 10; 176, 1; 178, 2, 10; 179, 1; 248, 1.

Petrazycki, Leo von, §§ 140, 1, 6, 12; 141, 3.

Pflüger, H.H., § 248, 1.

Picard, M., § 154, 5.

Planck, G., §§ 116, 2; 117, 2, 3; 120, 2; 121, 1, 2; 127, 3, 5, 6, 9, 10; 128, 4; 129, 3; 130, 1; 140, 6, 9; 144, 1, 3; 154, 1; 161, 1; 166, 3; 172, 7, 8, 9; 175, 1; 177, 2; 178, 6, 8; 183, 2, 3, 6, 7; 185, 2, 3, 4; 186, 5, 6, 7; 192, 2; 194, 2; 196, 3; 198, 1; 201, 1; 203, 1; 211, 1; 212, 2; 217, 2; 223, 1, 2, 4, 6, 7; 225, 10; 226, 1; 233, 1, 4, 8, 9; 235, 2, 6, 8, 10; 237, 2; 238, 2; 239, 2; 240, 2, 3; 241, 2.

Planiol-Ripert, § 154, 5.

Platão, § 126, 1.

Plínio, § 140, 11.

Pompônio, §§ 140, 6; 143, 2.

Pontes de Miranda, §§ 116, 3; 141, 5; 147, 1; 161, 1; 172, 8; 185, 1, 3; 186, 6; 196, 4, 5; 203, 3; 207, 5; 219, 3; 235, 8, 15; 239, 2; 245, 1.

PORTUGAL, DOMINGOS ANTUNES, § 143, 3; 146, 2.

PRÓCULO, §§ 143, 2; 178, 10; 248, 1.

PUCHTA, G. F., §§ 121, 3; 135, 1; 191, 3.

PRYM, E., § 166, 3; 170, 2.

RAAPE, L., §§ 211, 1; 212, 2.

RABEL, E., §§ 171, 2; 172, 7; 178, 6.

RAEKE, W., § 240, 3.

RANDA, A., §§ 135, 1; 155, 5.

RAUSNITZ, J., § 116, 1, 4.

REATZ, C. F., § 181, 2.

REGELSBERGER, F., §§ 116, 1, 4; 140, 1; 143, 2; 144, 1; 147, 2; 165, 4; 174, 4; 191, 3; 223, 7; 225, 7; 235, 2.

REHBEIN, H., §§ 120, 2; 121, 2; 140, 5, 9; 183, 2; 192, 2; 217, 1; 223, 4; 235, 2.

REICHEL, H., §§ 140, 1, 5, 6, 9, 12; 237, 2.

REYSCHER, A.L., § 225, 11.

RIBAS, ANTÔNIO JOAQUIM, § 203, 3.

RICHELMANN, H., § 165, 4.

RICHTER, H., §§ 143, 2; 145, 5.

RICCOBONO, § 143, 2.

RIEZLER, E., § 235, 10.

RITGEN, § 154, 1.

RÖVER, A., § 222, 3.

ROGOWSKI, A., § 173, 4.

ROHDE, E., § 213, 1.

ROSENBERG, L., §§ 159, 3; 195, 2; 203, 1; 212, 2; 213, 1, 3; 235, 2.

RUDLOFF, § 225, 1.

RÜMELIN, M., §§ 178, 6; 179, 1; 218, 2.

SABINO, § 140, 3.

SALAMONSKI, L., § 154, 5.

SALEILLES, R., § 211, 1.

SALIER, G., § 137, 2.

SAMES, H., § 223, 6.

SANDER, E., § 178, 2.

SANTZ, K., § 127, 5.

SAUER, W., § 202, 2.

SAVIGNY, F. VON, §§ 113, 2; 140, 10; 165, 4; 210, 2.

SCACCIA, § 194, 4.

SCHÄTZKE, F., § 127, 5.

SCHANZENBACH, C., § 210, 2.

SCHIFFNER, L., § 163, 1.

SCHINGNITZ, P., § 210, 2.

SCHIRMER, J. TH., §§ 116, 1, 3, 4; 150, 3.

SCHLECHT, A., § 153, 2.

SCHLOSSMANN, S., § 225, 1.

SCHMIDT, A. B., § 241, 2; 245, 1.

SCHMIDT, C. A., § 223, 7; 225, 1.

SCHMIEL, H.G., § 127, 5.

SCHMITT, J., § 217, 3.

SCHNEIDER, A., § 222, 2.

SCHÖMANN, F., § 178, 2.

SCHÖNBERG, G. VON, § 140, 1.

SCHOLLMEYER, F., §§ 154, 1, 3; 178, 6; 183, 3; 210, 2; 237, 2.

SCHOTT, H., § 165, 4; 225, 11.

Schreuer, H., § 116, 1.

Schultheis, R., § 116, 1, 4.

Schulz, Fritz, § 129, 3.

Schwarz, Georg, § 226, 1.

Schwarze, § 201, 1.

Schweppe, Alb., § 165, 4.

Schwerin, Claudius von, § 116, 1, 4.

Seckel, E., §§ 178, 3; 235, 6.

Serafini, F., § 225, 11.

Sérvio Sulpício, § 126, 2.

Siber, H., §§ 117, 3; 172, 7; 175, 1.

Siecke, R., § 225, 7.

Siegel, H., § 223, 7.

Sjögren, W., §§ 163, 1; 218, 2.

Sohm, Martin, §§ 195, 2; 233, 9.

Sohm, R., §§ 115, 1; 116, 1; 117, 2; 127, 6; 153, 2; 183, 5; 237, 2.

Sokolowski, P., §§ 127, 5; 128, 5; 140, 10; 143, 2.

Solano do Vale, Manuel Álvares, § 143, 3.

Stammler, R., §§ 159, 3; 186, 1; 210, 2.

Staub, H., §§ 170, 2; 173, 1, 4; 174, 1.

Stella Maranca, § 143, 2.

Stintzing, W., § 179, 1.

Stipanski, H., § 170, 2.

Stölzel, A., § 210, 2.

Stössel, J., § 222, 2.

Strohal, E., §§ 127, 10; 211, 1; 217, 2.

Stryk, Samuel, § 194, 4.

Stubenrauch, M. von, §§ 191, 4; 196, 4; 225, 11.

Szamotulski, T., § 225, 7.

Teisseire, M., § 163, 1.

Teixeira de Freitas, §§ 125, 1; 139, 1; 141, 4; 142, 1; 142, 2; 150, 1, 3; 178, 3.

Teofrasto, §§ 126, 1; 140, 8.

Theilemeyer, W., § 195, 2.

Thiele, § 154, 2.

Thöl, H., § 165, 4.

Thon, A., §§ 113, 2; 185, 4; 207, 4, 5.

Titze, H., §§ 172, 4, 6, 9; 174, 4; 178, 8; 183, 2, 5, 6, 7; 186, 1, 3, 7; 191, 3; 192, 2; 194, 4; 196, 5; 198, 1; 199, 3; 200, 2; 201, 1; 222. 3; 223, 2, 3, 6, 7; 233, 9.

Tobias, H., §§ 116, 3; 127, 5; 129, 3.

Tobleb, H., §§ 184, 2; 186, 1.

Träger, L., §§ 178, 6; 179, 1; 218, 2.

Treitel, R., § 174, 3.

Tuhr, A. von, §§ 119, 2; 137, 1; 161, 7; 165, 3; 168, 2; 172, 4; 173, 3; 182, 2; 183, 3, 4, 5, 6, 7; 185, 3; 186, 1, 5, 7, 8; 187, 1; 190, 1; 194, 2, 3, 4; 202, 2, 3; 203, 1; 207, 3, 4; 212, 2; 218, 2; 219, 5; 221, 1; 222, 3; 223, 1, 7; 225, 1, 7, 8; 227, 3; 233, 1, 4, 8; 235, 2, 6, 8; 237, 2; 248, 1.

Turnau, W., § 203, 1.

Ubbelohde, A., §§ 151, 1; 17, 8.

Ulpiano, §§ 116, 4; 121, 3; 125, 3; 140, 1, 3, 4, 6, 8, 9, 12; 141, 3; 143, 2; 156, 1; 165, 4; 170, 3; 178, 1, 2, 3, 8, 10; 186, 2; 195, 2; 196, 5; 222, 2; 240, 4.

Ulrich, F. Th., § 195, 2.

Umrath, S., §§ 127, 1; 143, 1.

UNGER, J., §§ 140, 6; 143, 2, 3; 191, 4; 218, 2; 233, 9.

UNTERHOLZNER, K. A. D., § 140, 10.

VALASCO, ÁLVARO, §§ 191, 1; 194, 4.

VALLIMARESCO, A., §§ 191, 4; 196, 8.

VANGEBOW, K. A. VON, §§ 116, 4; 140, 10; 165, 4.

VAZ, TOMÉ, § 223, 3.

VEIGA CABRAL, P. G. T., § 141, 4.

VEIGA, DÍDIMO DA, § 141, 4.

VEMULEIO, § 140, 8.

VIDAL, G., § 225, 11.

VIDARI, E., § 225, 11.

VINIUS, A., § 121, 3.

VITRY, MAX, § 163, 1.

VRIES, § 164, 2.

WACH, A., §§ 172, 7; 233, 1.

WÄCHTER, C. G. VON, §§ 135, 1; 143, 2; 154, 1, 2.

WALDMÜLLER, H., § 171, 1.

WALLER, A., § 154, 1, 3, 5.

WALSMANN, H., § 233, 1.

WALTER, H., § 240, 1.

WAPPÄUS, H., § 116, 4.

WARNEYER, O., §§ 120, 2; 127, 5; 146, 1, 2; 172, 9; 183, 3; 185, 3; 186, 7; 198, 1; 223, 2, 4; 226, 1; 235, 2; 237, 2; 240, 6; 241, 1, 2; 246, 2; 247, 1.

WEBER, A., § 123, 1, 3, 4.

WEDEMEYER, W., § 223, 7; 225, 1; 226, 1.

WEISKE, J., § 201, 1.

WELLSPACHER, M., § 237, 2.

WENDT, O., §§ 120, 2; 127, 8; 174, 3; 191, 3.

WENGLER, A., § 153, 2; 225, 11.

WESSELY, § 186, 1.

WEYL, R., §§ 170, 2; 177, 1, 2; 178, 6.

WIDMANN, W., § 127, 1.

WIERUSZOWSKI, A., § 154, 2, 5.

WIEDNER, A., § 127, 5.

WILKE, RICHARD, § 240, 2.

WILMOWSKI, K. VON, § 236, 2.

WILUTZKI, § 115, 1.

WIMPFHEIMER, H., § 145, 2.

WINDMÜLLER, E., § 154, 1, 2, 3, 4, 5.

WINDSCHEID, B., §§ 113, 2; 116, 4; 127, 10; 131, 1; 133, 1; 135, 1; 140, 10; 142, 1; 143, 2; 144, 3; 165, 4; 170, 2; 174, 4; 185, 2; 191, 3; 203, 1; 223, 2.

WOLFF, MARTIN, §§ 129, 3; 135, 2; 149, 1; 203, 1; 212, 2.

WOLFF, MAX, § 233, 7.

ZITELMANN, E., §§ 116, 3; 165, 4; 166, 3; 174, 1; 177, 2; 182, 2; 183, 2, 3; 186, 9; 202, 2, 3; 211, 1; 212, 2; 217, 1; 222, 3; 223, 1; 225, 1; 235, 2; 237, 2.

ÍNDICE ALFABÉTICO DOS AUTORES CITADOS NO **PANORAMA ATUAL**

Barros Monteiro, Washington de – §§ 142. B; 150. B; 177. B; 195. B

Bevilaqua, Clóvis – §§ 150. B; 152. B

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – § 155. B

Fiúza, Ricardo – § 172. B

Gouvêa, José Roberto F. – §§ 150. C; 187. B

Kelsen, Hans – § 188. B

Larenz, Karl – § 233. B

Marques, José Frederico – § 207. B

Negrão, Theotonio – §§ 150. C; 187. B

Pompeu, Cid Tomanik – § 156. B

Ráo, Vicente – §§ 113. B; 120. B; 124. B; 128. B; 138. B; 160. B; 161. B; 164. B; 165. B; 166. B; 171. B; 197. B; 210. B; 222. B; 223. B; 224. B; 239. B; 245. B; 246. B

Serpa Lopes, Miguel Maria de – §§ 114. B; 150. B; 154. B; 159. B; 164. B; 172. B; 174. B; 175. B; 177. B; 181. B; 183. B; 186. B; 199. B

Venosa, Silvio de Salvo – §§ 121. B; 122. B; 125. B; 138. B; 143. B; 209. B

II

ÍNDICE CRONOLÓGICO DA LEGISLAÇÃO

1. Constituições

Constituição de 1824, art. 179, § 22: § 141, 4.

Constituição de 1891: § 141, 1.

- art. 72, § 17, 2.ª alínea: § 141.

Constituição de 1934, art. 5.°, XIX, *j*): § 141, 1.

- art. 118: § 141, 4.
- art. 119, § 1.°: § 141, 2.
- art. 119, § 6.°: § 141, 4.

Constituição de 1937: § 141, 5.

- art. 16, XIV: § 141, 1.
- art. 143: § 141, 5.

Constituição de 1946, art. 5.°, XV, *h*: § 219, 1.

- art. 34: § 156, 1.
- art. 34, I: §§ 155, 5; 156, 1.
- art. 34, I, 2.ª parte: § 156, 1.
- art. 34, II: § 156, 1.
- art. 35: § 155, 5; 156, 1.
- art. 36, § 2.°: § 155, 2.
- art. 65, VI, 2.ª parte: § 122, 1.
- art. 141, § 4.°: §§ 155, 3, 5; 156, 4; 196, 4; 198, 2.
- art. 141, § 7.°, 1.ª parte: § 188.
- art. 141, § 14: § 188, 1.
- art. 141, § 15: § 186, 6.
- art. 141, § 15, 2.ª parte: § 188.
- art. 141, § 16: § 188, 1.
- art. 141, § 16, 1.ª parte: §§ 156, 7; 219 1.
- art. 141, § 16, 2.ª parte: § 219.
- art. 141, § 24: § 151, 1.
- art. 141, § 30: § 180, 3.
- art. 141, § 31: § 180, 3.
- art. 141, § 32: §§ 195, 1; 196, 1.
- art. 145: § 180, 3.
- art. 146: § 141, 5.
- art. 147: § 141, 5.
- arts. 148-151: § 141, 5.
- art. 152: § 141, 2, 5.
- art. 153: § 141, 5.
- art. 153, §§ 1.°-3.°: § 141, 2, 5.
- art. 157: §§ 118, 2; 180, 3.
- art. 175: § 158, 6.

– art. 194: §§ 151, 3; 156, 7; 183, 1; 225, 11.

– art. 194, parágrafo único: § 183.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 21: § 141, 5.

2. Direito Romano

L. 1, § 1, D., *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8: § 117, 5.

L. 1, pr., D., *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8: § 156, 1.

L. 32, D., *de minoribus viginti quinque annis*, 4, 4: § 122, 3.

L. 1, § 8 e L 2, D., *nautae caupones stabularii ut recepta restituant*, 4, 9: § 248, 1.

L. 27, pr., D., *de hereditatis petitione*, 5, 3: § 140, 4.

L. 36, § 5, D., *de hereditatis petitione*, 5, 3: § 140, 12.

L. 44, D., *de rei vindicatione*, 6, 1: § 140, 8.

L. 62, pr., D., *de rei vindicatione*, 6, 1: § 140, 6.

L. 9, § 1, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 140, 1.

L. 9, § 2, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 140, 3.

L. 12, pr., D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 140, 3.

L. 15, § 4, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 121, 3.

L. 59, § 1, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 140, 1.

L. 70, § 2, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur*, 7, 1: § 140, 1.

L. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9: § 121, 3.

L. 13, § 1, D., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum*, 8, 4: § 141, 3.

L. 20, § 1, D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*, 8, 5: § 143, 2.

L. 4, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2: § 183, 1.

L. 8, § 1, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2: § 178, 7.

L. 13, pr., D., ad *legem Aquiliam*, 9, 2: § 116, 4.

L. 27, § 25, D., *ad legem Aquiliam*, 9, 2: § 140, 8.

L. 25, § 16, D., *familiae erciscundae*, 10, 2: § 178, 2.

L. 14, 2, D., *communi dividundo*, 10, 3: § 248, 1.

L. 1, § 1, D., *si mensor falsam modum dixerit*, 11, 6: § 178, 10.

L. 8, § 1, D., *de religiosis et sumptibus funerum*, 11, 7: § 165, 3.

L. 13, D., *de rebus creditis*, 12, 1: § 122, 3.

L. 15, pr., D., *de condictione causa data causa non secuta*, 12, 4: § 248, 1.

L. 65, § 5, D., *de condictione indebiti*, 12, 6: § 140, 12.

L. 5, § 3, D., *commodati vel contra*, 13, 6: § 178, 1.

L. 13, § 1, D., de *pigneraticia actione vel contra*, 13,7: § 178, 1.

L. 14, D., *de pigneraticia actione vel contra*, 13, 7: § 178, 2.

L. 32, D., *depositi vel contra*, 16, 3: § 178, 2, 10.

L. 8, 10, D., *mandati vel contra*, 17, 1: § 178, 10.

L. 10, § 9, D., *mandati vel contra*, 17, 1: § 140, 12.

L. 52, § 2, D., *pro socio*, 17, 2: § 178, 3.

L. 72, D., *pro socio*, 17, 2: § 178, 2, 3.

L. 15, § 1, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1: § 165, 4.

L. 28, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1: § 178, 8.

L. 49, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1: § 143, 2.

L. 62, § 1, D., *de contrahenda emptione*, 18, 1: § 165, 4.

L. 8 e 9, D., *de hereditate vel actione vendita*, 18, 4; § 165, 4.

L. 1, § 3, D., *de periculo et commodo rei venditae*, 18, 6: § 195.

L. 17, § 7, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1: § 143, 2.

L. 17, § 10, *in fine*, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1: § 125.

L. 21, § 2, D., *de actionibus empti venditi*, 19, 1: § 165, 4.

L. 38, § 2, D., *de actionibus empti et venditi*, 19, 1: § 143, 2.

L. 9, § 5, D., *locati condueti*, 19, 2: § 178, 8.

L. 1, § 2, D., *quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt*, 20, 3: § 157, 3.

L. 43, D., *de evictionibus et duplae stipulatione*, 21, 2: § 140, 1.

L. 8, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 1.

L. 25, pr., D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 1.

L. 26, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 1.

L. 34, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 6.

L. 38, § 14, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 12.

L. 46, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 12.

L. 49, D., *de usuris et fructibus*, 22, 1: § 140, 11.

L. 7, § 1, D., *de iure dotium*, 23, 3: § 140, 1.

L. 17, pr., D., *de iure dotium*, 23, 3: § 178, 2.

L. 4, D., *de pactis dotalibus*, 23, 4: § 140, 1.

L. 18, pr., D., *de fundo dotali*, 23, 5: § 140, 3.

L. 7, § 13, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3: §§ 140, 3; 141, 3.

L. 7, § 14, D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3: §S 140, 9; 141, 3.

L. 7, pr., D., *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*, 24, 3: § 140, 12.

L. 3, D., *de suspectis tutoribus et curatoribus*, 26, 10: § 178, 3.

L. 1, § 21, D., *de tutelae*, 27, 3: § 170, 3.

L. 39, § 10, D., *de legatis et fideicommissia*, 30; § 157, *3*.

L. 66, D., *de legatis et fideicommissis*, 32: § 138, 2.

L. 91, § 5, D., *de legatis et fideicommissis*, 32: § 143, 2.

L. 42, D., *de usu et usu fructu*, 33, 2: § 140, 7.

L. 3, § 1, D., de *titrico vino vel oleo legato*, 33, 6: § 138, 1.

L. 12, § 11, D., *de instructo vel instrumento legato*, 33, 7: § 140, 8.

L. 4, pr., D., *de penu legata*, 33, 9: § 138, 2.

L. 23, § 3, D., *ad senatus consultum Trebellianum*, 36, 1: §§ 140, 4; 178, 2.

L. 15, § 3, D., *de usurpationibus et usucapionibus*, 41, 3: § 178, 8.

L. 10, § 20, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 42, 8: § 140, 12.

L. 25, § 6, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut reetituantur*, 42, 8: § 140, 8.

L. 10, § 16, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*, 43, 8: § 191, 3.

L. 7, § 3, D., *quod vi aut ciam*, 43, 24: §§ 191, 3; 196, 5.

L. 7, § 4, D., *quod vi aut ciam*, 43, 24: § 186, 2.

L. 2, D., *de arboribus caedendis*, 43, 27: § 196, 3.

L. 1, § 5, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7: § 178, 10.

L. 34, pr., D., de *obligationibus et actionibus*, 44, 7: § 170, 3.

L. 53, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7: § 170, 3.

L. 61, § 1, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7: § 225, 7.

L. 103, D., *de verborum obligationibus*, 45, 1: § 116, 4.

L. 137, §§ 4 e 5, D., *de verborum obligationibus*, 45, 1: § 178, 8.

L. 46, D., *de furtis*, 47, 2: § 140, 4.

L. 58, D., *de furtis*, 47, 2: § 140, 8.

L. 62, § 8, D., *de furtis*, 47, 2: § 140, 8.

L. 1, § 2, D., *si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse*, 47, 4: § 178.

L. 9, D., *de incendio ruina naufragio rate nave expurgnata*, 47, 9: § 176, 1.

L. 11, § 1, D., de *iniuriis et famosis libellis*, 47, 10: § 240, 4.

L. 14, § 9, D., *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, 48, 5: § 240, 4.

L. 30, § 4, D., *ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*, 48, 5: § 178, 1.

L. 7, D., *ad legem Iuliam de vi privata*, 48, 7: § 191, 3.

L. 3, pr., D., de *pollicitationibus*, 50, 12: § 225, 1.

L. 25, § 1, D., *de verborum significatione*, 50, 16: § 126, 1.

L. 121, D., *de verborum significatione*, 50, 16: § 140, 6.

L. 226, D., *de verborum significatione*, 50, 16: § 178, 10.

L. 236, § 1, D., *de verborum significatione*, 50, 16: § 140, 1.

L. 245, pr., D., *de verborum significatione*, 50, 16: § 143, 2.

L. 15, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: § 133, 1.

L. 132, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: § 178, 8.

L. 151, D., *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17: § 225, 7.

L. 3, C., *de pignoribus*, 8, 13: § 194, 4.

L. 3, C., *de metallariis*, 11, 7: § 141, 3.

L. 20, § 1, C., *de agricolis censitis vel colonis*, 11, 48: § 195, 2.

L. 20, § 2, C., *de agricolis consitis vel colonis*, 11, 48: § 195, 2.

L. 13, § 2, I., *de usu fructu*, 2, 4: § 122, 3.

L. 15, § 2, I., *de usu fructu*, 2, 4: § 121, 3.

Código Teodosiano, *de matallis et metallariis*, 10, 19: § 141, 3.

3. Direito Germânico

Decretio Childeberti II, de 596, Capítulo 5, *Mon. Germ.*, II, 15: § 183, 8.

Edictum Theodorid, 15: § 183, 8.

Lex Alam.Lantfridana, 93: § 183.

Lex Burgundionum, Título 2, 2: § 183, 8.

Lex metallorum Vispascensis, §§ 7 e 9: § 141, 3.

Lex Ribuaria, Tít. 77: § 183, 8.

Lex Salica, 39: § 183, 8.

Lex Visigothorum, Livro VI, Título 4, 6: § 183, 8.

Lex Visigothorum, Livro VI, Título 5, 2: § 183, 8.

4. Ordenações Reinícolas

Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 5: § 150, 3.

- Livro II, Título 24, § 26: § 141.
- Livro IV, Título 9: § 194, 4.
- Livro IV, Título 9, § 4: § 194, 4.
- Livro IV, Título 9, § 5: § 194, 4.
- Livro IV, Título 42, § 2: § 138.
- Livro IV, Título 65, § 5: § 203.
- Livro IV, Título 109: § 142, 2.

Ordenações Manuelinas, Livro II, Livro IV, Título 5: § 194, 4.

- Livro IV, Título 50, pr.: § 203.

Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 8: §§ 150, 3; 156, 1.

- Livro II, Título 26, § 16: § 141.
- Livro II, Título 29, pr.: § 141.
- Livro II, Título 34, § 10: § 141.
- Livro IV, Título 17: § 194, 4.
- Livro IV, Título 43: § 142, 2.
- Livro IV, Título 43, § 9: § 143.
- Livro IV, Título 57: § 194, 4.
- Livro IV, Título 58, pr.: § 203.
- Livro IV, Título 76, § 3: § 195.
- Livro V, Título 74: § 248, 1.
- Livro V, Título 95, § 3: § 195.

5. Códigos de Direito Privado

Código Civil, art. 4.º: § 160, 2.

- art. 4.º, 2.ª parte: § 161, 1.
- art. 5.º, I: § 161, 2, 3.
- art. 5.º, I-II: § 165, 1.
- art. 5.º, I-III: § 164, 2.
- art. 5.º, II: § 161, 4.
- art. 5.º, III: § 161, 4.
- art. 5.º, IV: § 161, 5.
- arts. 5.º-7.º: § 160, 2.

- art. 6.º, I: § 161, 2.
- art. 9.º: § 160, 2; 161, 3.
- art. 9.º, §. 1.º: § 161, 3.
- art. 10: § 160, 2.
- art. 10, 2.ª parte: § 161, 7.
- art. 11: § 161, 8.
- art. 18: parágrafo único: § 237.
- art. 21: § 237, 2.
- arts. 31-42: § 229, 2.
- art. 43: §§ 124, 2; 127, 3, 4, 10; 128, 1; 160, 2.
- art. 43, I: § 127, 4, 5; 128, 1, 2, 3, 4; 129, 1, 2; 131, 1; 137, 1; 139, 1, 2; 140, 1; 144, 1.
- art. 43, I-II: § 127, 8.
- art. 43, I-III: § 124, 2.
- art. 43, II: § 117, 2; 124, 2; 127, 5; 128, 1, 2, 3, 4, 5; 129, 1, 2, 3; 131, 1, 2; 139, 1, 2, 3; 140, 1.
- art. 43, III: § 124, 1, 2; 127, 3, 8; 128, 3, 5; 129, 1, 2; 131, 2; 139, 3; 140, 9, 145, 1.
- arts. 43-49: § 115, 3; 118, 1.
- arts. 43-70: § 117, 2.
- art. 44: § 124, 3.
- art. 44, I: § 124, 2, 3; 125, 2; 132, 1; 133, 1, 2.
- art. 44, II: § 124, 3.
- art. 44, III: § 124, 3; 125, 2; 131, 4.
- art. 45: § 124, 2.
- art. 46: § 125, 3; 131, 3.
- art. 47: § 125, 1.
- art. 48: § 124, 3; 125, 2.
- art. 48, I: § 125, 2.
- art. 48, II: § 125, 2.
- art. 48, III: § 125, 2.
- art. 49: § 125, 3.
- art. 50: § 120, 2.
- art. 51: § 121, 1; 140, 1.
- art. 51, 2.ª parte: § 121, 2; 122.
- art. 51, *in fine*: § 121, 3.
- art. 52: § 119, 1; 126, 2.
- art. 53: § 119, 1; 126, 2.
- art. 53, I: § 126, 2.
- art. 53, II: § 126, 2.
- art. 54: § 115, 2, 3; 127, 7; 134, 2; 135, 3; 149, 1.
- art. 54, I: § 135, 3.
- art. 54, II: § 121, 2; 135, 3.
- arts. 54-56: § 135, 2.
- arts. 54-57: § 135, 1.
- art. 56: § 154, 2.
- art. 57: § 135, 2; 140, 8; 154.
- art. 58: § 142, 1, 2.
- arts. 58-64: § 142, 1, 2.
- arts. 58-68: § 118, 1.
- art. 59: § 127, 10; 143, 1; 145, 2; 147, 1; 149, 1.
- arts. 59-64: § 142, 3.
- art. 60: § 140, 8; 142, 2; 160, 2.
- art. 60, III: § 155, 2.
- art. 61: § 124, 3; 139, 1; 140, 8.
- art. 61, I: § 139, 1, 2; 140, 8; 141, 1.
- art. 61, I-II: § 142, 2.

- art. 61, II: § 139, 1.
- art. 61, III: § 139, 1, 3; 142, 1.
- art. 62: § 139, 1.
- art. 62, I: § 139, 1.
- art. 62, II: § 139, 1.
- art. 62, III: § 139, 1.
- arts. 62-64: § 142, 3.
- art. 63: § 124, 3; 139, 1.
- art. 63, § 1.º: § 139, 1.
- art. 63, § 2.º: § 139, 1.
- art. 63, § 3.º: § 139, 1.
- art. 64: § 139, 1.
- art. 65: § 150, 1.
- art. 65, 1.ª parte: § 156, 1.
- art. 66: § 136, 1; 150, 6; 167.
- art. 66, I: § 150, 3, 6; 151, 1, 2, 3; 152, 1, 2, 3; 155, 1, 2, 3, 5; 156, 1, 4; 157, 1; 168, 1.
- art. 66, I-II: § 150, 1, 3.
- art. 66, II: § 150, 4, 6; 151, 1, 2, 3; 152, 1, 2, 3; 155, 1, 2, 3, 5; 156, 1; 157, 1; 158, 1.
- art. 66, III: § 150, 1, 3, 5, 6; 151, 1, 2, 3; 152, 2, 3; 155, 1, 3, 5; 156, 1, 3, 4; 157, 1; 158, 1.
- art. 67: § 136, 1; 150, 6; 155, 3, 5; 157, 1, 3.
- art. 68: § 155, 2; 158, 4.
- art. 69: § 118, 1; 136, 1, 2; 150, 2; 152, 2, 3; 155, 3; 157, 1, 3; 165, 4.
- art. 70: § 118, 1; 124, 2.
- art. 72: § 165, 4.
- art. 75: § 165, 2.
- art. 76: § 185, 5.
- art. 79: § 172, 1.
- art. 81: § 227, 1; 247, 2.
- art. 82: § 165, 1; 247, 2.
- arts. 86-91; § 171, 2; 177, 3.
- arts. 86-94: § 247, 2.
- art. 90: § 225, 1.
- arts. 92-97; § 247, 2.
- art. 93: § 163, 2.
- arts. 98-101: § 247, 2.
- art. 102, II: § 218, 2.
- art. 134, II: § 124, 2; 127, 5; 131, 4.
- art. 135: § 225, 6; 237, 2.
- art. 136: I: § 233, 1.
- art. 142, I: § 161, 4.
- art. 142, II: § 161, 4.
- art. 142, III: § 161, 2, 3.
- art. 145, I: § 164, 1.
- art. 145, II: § 116, 4; 117, 3; 127, 11; 158, 1; 164, 4; 178, 8.
- art. 145, II, 2.ª parte: § 157, 3; 225, 2, 8.
- art. 145, II-V: § 165, 1.
- art. 145, III-V: § 164, 4.
- arts. 145-158: § 247, 2.
- art. 147, I-II: § 245, 1.
- art. 148: § 235, 3.
- art. 150: § 127, 8.
- art. 153: § 222, 3.
- art. 155: § 165, 4; 233, 7, 9.
- art. 156: § 165, 4.

- art. 158: § 218, 2; 219, 4.
- art. 159: §§ 123, 1, 3, 4; 127, 8; 156, 4; 163, 2; 164, 1; 165, 1, 2, 4; 166, 2; 169, 1; 171, 1, 2, 4; 175, 1; 176, 2; 178, 3; 181, 2; 182, 1; 183, 6; 185, 3, 4; 186, 2, 3, 4, 7, 9; 187, 3, 4; 190, 1, 2; 198, 1; 199, 2, 4; 200, 1, 2; 203, 1, 3; 207, 3, 5; 225, 8; 233, 5; 237, 3; 248, 1.
- art. 159, alínea 1.ª: § 164, 2.
- art. 159, alínea 2.ª: § 164, 2.
- art. 160: §§ 156, 4; 165, 4; 171, 4; 184, 2; 185, 2; 186, 1.
- art. 160, I: §§ 164, 2; 182, 1; 183, 1; 184, 2; 185, 2; 187, 3; 218, 2; 240, 3.
- art. 160, I, 1.ª parte: §§ 182, 2; 183, 1, 5, 6, 7; 186, 2.
- art. 160, I, 2.ª parte: §§ 117, 3; 155, 6; 182, 2; 184, 2; 185, 2, 3, 4, 5; 190, 2; 199, 1, 2; 200, 2; 237, 3.
- art. 160, I-II: § 165, 2; 172, 5.
- art. 160, II: § 163, 1; 164, 2; 172, 4; 177, 4; 182, 1, 2; 183, 3; 186, 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9; 187, 1; 193 2; 197, 3; 221, 1.
- art. 160, II, 1.ª parte: § 219, 1.
- art. 160, parágrafo único: § 182, 2; 184, 1, 2.
- art. 172, III: § 237, 2.
- art. 172, V: § 229, 2; 233, 1; 237, 2; 239, 2.
- art. 178, § 2.º: § 220, 2.
- art. 178, § 5.º, IV: § 220, 2.
- art. 178, § 7.º, VI: § 133, 1.
- art. 183, II: § 161, 6.
- art. 183, XII: § 161, 3.
- art. 219, III: § 161, 4.
- art. 228: § 154, 5.
- art. 231: § 240, 3.
- art. 235: § 165, 5; 233, 7.
- art. 235, I: § 124, 2.
- art. 235, II: § 124, 2.
- art. 242: § 165, 4; 233, 7.
- art. 242, I-III: § 124, 2.
- art. 248, IV: § 133, 1.
- art. 251, I: § 161, 5.
- art. 251, parágr. único: § 165, 4.
- art. 251, parágrafo único, II e IV: § 124, 2.
- art. 260, I: § 178, 3.
- art. 260, II: § 178, 3.
- art. 260, III: § 178, 3.
- art. 262: § 183, 7.
- art. 266: § 183, 7.
- art. 269: § 183, 7.
- art. 269, I: § 154, 5.
- art. 269, II: § 154, 3.
- art. 270, IV: § 142, 3.
- art. 271, V: § 160, 2.
- arts. 274-275: § 183, 7.
- art. 277: § 235, 10.
- art. 282: § 140, 12; 154, 3.
- art. 289, II: § 140, 6.
- art. 290: § 124, 2.
- art. 291: § 124, 2; 154, 3.
- art. 293: § 124, 2.
- art. 293, parágr. único: § 154, 5.

- art. 302, XII: § 235, 16.
- art. 306: § 160, 2.
- art. 307: § 142, 3.
- art. 307, 2.ª parte: § 178, 3.
- art. 310: § 124, 2.
- art. 311: § 178, 3.
- art. 317: § 204, 1; 240, 3.
- art. 317, IV: § 177, 4.
- art. 318: § 207, 6.
- art. 319, I: § 240, 5; 242, 1.
- art. 319, II: § 241, 1.
- art. 319, parágr. único: § 241, 1; 245, 1.
- art. 319, II: § 240, 1.
- art. 319, II, e parágrafo único: § 229, 2; 235, 4; 240, 4.
- art. 341: § 235, 6.
- arts. 355-357: § 233, 1.
- arts. 355-363: § 233, 1.
- art. 362: § 225, 7.
- art. 363, III: § 233, 1.
- arts. 363-367: § 233, 1.
- art. 368: § 161, 3.
- art. 369: § 161, 3.
- art. 386: § 124, 2, 3; 131, 4.
- art. 389: § 183, 7.
- art. 390, I e II: § 154, 3.
- art. 391: § 154, 3.
- art. 391, parágr. único: § 241, 2.
- art. 393: § 168, 2.
- art. 394: § 175, 1; 190, 2.
- art. 395: §§ 164, 1, 4; 168, 1; 169, 1; 175, 1; 190, 2; 207, 2; 243, 1.
- art. 395, I: §§ 165, 2; 190, 1.
- art. 395, II: § 165, 2.
- art. 395, III: § 165, 2.
- art. 413: § 169, 1.
- art. 414, II: § 161, 3.
- art. 423: § 233, 1.
- art. 424, II: § 183, 7.
- art. 426, I, 2.ª parte: § 233, 7.
- art. 427: § 233, 7.
- art. 427, VI: § 131, 4.
- art. 429: §§ 124, 2, 3; 131, 4.
- art. 430: § 233, 1.
- art. 432: § 122, 1.
- art. 432, § 1.º: § 124, 3.
- art. 433, II: § 124, 2.
- art. 435: § 233, 1.
- art. 443, III: § 169, 1.
- art. 445: § 169, 1.
- art. 446, I: § 161, 4.
- art. 446, II: § 161, 4.
- art. 451: § 161, 4.
- art. 453: §§ 131, 4; 169, 1; 183, 7; 233, 7.
- art. 456: § 161, 4.
- art. 457: § 161, 4.
- art. 462: § 183, 7.
- arts. 463-484: § 161, 5.
- art. 472: § 124, 2, 3.
- art. 474: § 124, 2.

- art. 475: § 124, 2.
- art. 477: § 160, 2.
- art. 481: § 161, 7.
- art. 482: § 161, 7.
- art. 485: §§ 203, 3; 211, 1; 217, 3.
- art. 486: § 183, 7.
- art. 487: § 183, 7.
- art. 488: § 143, 3.
- art. 489: § 166, 3.
- art. 493, I: §§ 212, 2; 217, 3.
- art. 493, II: § 212, 2.
- art. 493, III: § 212, 2.
- art. 493, parágrafo único: § 212, 2.
- art. 498: § 124, 2.
- art. 499: § 203, 1, 2.
- art. 500: § 207, 3.
- art. 502: §§ 182, 2; 183, 7; 191, 4; 193, 1; 195, 1; 196, 4; 219, 3.
- art. 502, parágrafo único: 219, 3.
- art. 503: §§ 166, 3; 371, 4; 203, 3; 219, 3.
- art. 505, 2.ª parte: § 133, 2.
- art. 506: § 219, 3.
- art. 510: § 140, 10.
- arts. 510-413: § 160, 2.
- arts. 510-519: § 171, 4.
- art. 511: §§ 140, 10; 203, 4.
- art. 512: § 140, 10.
- art. 512, 1.ª parte: § 140, 10.
- art. 513: §§ 140, 12; 203, 4.
- art. 515: § 203, 4.
- art. 516: §§ 124, 3; 127, 8; 129, 3; 235, 10.
- art. 516, 2.ª parte: §§ 207, 7; 235, 15.
- arts. 516-519: §§ 124, 3; 129, 3; 142, 3.
- art. 517: § 124, 3; 127, 8; 203, 4; 235, 10.
- art. 520, I: § 213, 1.
- art. 520, II: § 212, 1, 2.
- art. 524: §§ 186, 6; 203, 2.
- art. 526: § 190, 3.
- art. 528: § 160, 2.
- art. 529: § 207, 2.
- art. 530, II: § 124, 2.
- arts. 530-588: § 124, 2.
- art. 536: § 124, 2.
- art. 541: § 128, 2; 235, 10.
- art. 542: § 128, 2; 220, 2.
- art. 545: § 127, 8.
- arts. 545-549: §§ 124, 3; 127, 5; 129, 3; 131, 2.
- art. 546: § 117, 2.
- arts. 546-549: §§ 127, 8; 128, 3; 131, 2.
- art. 547: § 124, 3.
- art. 547, 1.ª parte: § 117, 2.
- art. 547, 2.ª parte: § 128, 3.
- art. 549: § 124, 2.
- art. 550: § 147, 1.
- art. 551: §§ 147, 1; 155, 3.
- art. 554: §§ 156, 6; 207, 5.
- art. 555: §§ 207, 5; 235, 8.

- art. 557: §§ 140, 9; 190, 2.
- art. 558: §§ 117, 2; 191, 3; 197.
- art. 561: § 175, 1.
- art. 564: § 156, 5.
- art. 578: § 156, 5.
- art. 580, parágrafo único; § 207, 2.
- arts. 584-587: § 156, 5.
- art. 588: §190, 2.
- art. 589, § 1.º: § 156, 3.
- art. 589, § 2.º: § 156, 3.
- art. 589, I, e § 1.º: § 155, 3.
- art. 589, II, e § 1.º: § 155, 3.
- art. 589, II: § 124, 2.
- art. 589, III e § 2.º: § 155, 3.
- art. 589, II e III: § 156, 3.
- art. 589, IV: § 160, 2.
- art. 590: §§ 156, 3; 219, 1.
- art. 592: §§ 117, 4; 155, 2; 217, 1.
- art. 593: §§ 155, 2; 217, 1.
- art. 593, I: §§ 140, 1; 144, 1.
- art. 593, III: § 140, 1.
- art. 598: § 116, 1.
- arts. 599-602: § 155, 2.
- art. 601: § 116, 1.
- art. 603, parágr. único: § 237, 2.
- arts. 603-606: § 233, 6.
- art. 604: §§ 154, 3; 205, 2.
- art. 605: § 170, 2.
- art. 606: § 154, 3.
- art. 607: §§ 130, 1; 214, 1.
- arts. 607-610: § 214, 1.
- arts. 611-617: § 127, 10.
- art. 614: § 139, 1.
- art. 616: § 144, 2.
- arts. 615-617: § 160, 2.
- art. 616: § 122, 3.
- art. 617: § 144, 2.
- arts. 620-622: §§ 117, 4; 212, 1.
- art. 622, parágr. único: §§ 147, 1; 158, 1.
- art. 623, III: § 126, 1.
- art. 629, parágr. único: § 248, 1.
- arts. 629-632: § 148, 2.
- art. 646, 1.ª parte: § 143, 3.
- art. 646, 2.ª parte: §§ 143, 3; 148, 2.
- art. 646, parágr. único: § 143, 3.
- arts. 649-673: § 153, 2.
- art. 660: § 207, 5.
- art. 674: § 115, 3.
- art. 676: § 124, 2.
- art. 683: § 235, 10.
- art. 686: § 235, 10.
- art. 688, parágr. único: § 165, 3.
- art. 698: §§ 152, 1; 155, 3.
- art. 702, I-IV: § 235, 2.
- art. 704: § 233, 4.
- art. 705: § 233, 4.
- art. 709, III: § 148, 2.
- art. 710, I: § 143, 2.
- art. 710, III: § 155, 3.
- art. 711: § 155, 3.
- art. 713: § 160, 2.

- art. 714: § 135, 2.
- art. 715: § 154, 3.
- art. 716: § 147, 1.
- art. 718: § 160, 2.
- arts. 721-723: § 160, 2.
- art. 729: §§ 178, 3; 207, 2.
- art. 734: § 237, 2.
- art. 735, § 2.º: § 154, 3.
- art. 738: § 154, 3.
- art. 739, IV: § 160, 2.
- art. 745: §§ 135, 2; 154, 3; 160, 2; 207, 2
- art. 748: §§ 135, 2; 154, 3; 160, 2; 207, 2.
- arts. 749-754: § 127, 11.
- art. 762, § 1.º: § 154, 3, 5.
- art. 770, alínea 1.ª: § 194, 4.
- art. 774, II: § 140, 11.
- art. 774, III, 2.ª parte: § 233.
- art. 776: §§ 124, 2; 196, 4.
- art. 776, II: § 160, 2.
- art. 778: § 207, 7.
- art. 779: §§ 191, 4; 196, 4.
- art. 780: § 196, 4.
- art. 792, IV: § 235, 11.
- art. 793: § 235, 11.
- art. 794: § 237, 2.
- art. 802, I: § 229, 2.
- art. 802, III: § 229, 2.
- art. 802, IV: § 233, 9.
- art. 803: §§ 229, 2; 235, 4.
- art. 805: § 140, 11.
- art. 810, VII: § 147, 1.
- art. 811: §§ 127, 10; 147, 1.
- art. 811, alínea 1.ª: § 142, 2.
- art. 814, § 2.º: § 154, 1.
- art. 820: § 207, 7.
- art. 821: § 140, 10.
- art. 825: § 147, 1.
- art. 849, II: § 160, 2.
- art. 849, III: § 225, 7.
- art. 858: § 183, 7.
- art. 858, parágrafo único: § 160, 2.
- arts. 863-881: § 165, 2.
- art. 865: § 172, 1.
- art. 865, alínea 1.ª: § 172, 7.
- art. 865, alínea 2.ª: §§ 154, 3; 172, 1, 7; 225, 8.
- art. 866: § 172, 1.
- art. 866, alínea 2.ª: § 173, 4.
- art. 867: §§ 173, 4; 225, 8.
- art. 868: § 154, 3.
- art. 870: §§ 164, 3; 225, 8.
- art. 871: § 154, 3.
- art. 873: § 160, 2.
- art. 874: § 172, 9.
- art. 875: §§ 120, 1; 235, 10.
- art. 879: §§ 161, 4; 172, 7, 8.
- art. 879. 2.ª parte: §§ 173. 4; 225, 8.
- art. 881: § 161, 4.
- art. 882: § 172, 1, 7.
- art. 883: § 173, 4, 5.

– art. 884: § 235, 10.
– art. 886: §§ 172, 7; 173, 4.
– art. 887: § 172, 7, 8, 10.
– arts. 882-883: § 165, 2.
– art. 887: §§ 173, 4; 225, 8.
– art. 912, parágr. único: § 207, 7.
– arts. 916-927: § 205, 2.
– art. 918: §§ 235, 12; 236, 2.
– art. 930: § 235, 14.
– art. 932: § 235, 14.
– art. 942: § 237, 2.
– art. 954, II: § 235, 8.
– art. 955: §§ 203, 4; 219, 6.
– art. 957: §§ 171, 4; 203, 4.
– art. 958: § 202, 2.
– art. 959, I: § 173, 3.
– art. 959, II: § 236, 2.
– art. 959, III: § 236, 2.
– art. 960: § 164, 4.
– art. 960, parágr. único: § 235, 3.
– art. 961: § 173, 6.
– art. 963: § 164, 4.
– arts. 964-971: § 127, 8.
– art. 968: § 129, 3.
– art. 971: § 248, 1.
– art. 975: §§ 233, 3; 238, 1.
– art. 985: § 164, 1.
– arts. 1.009-1.024: § 172, 7.
– art. 1.015, I: § 176, 2.
– art. 1.037: § 196, 4.
– art. 1.038: § 196, 4.
– arts. 1.053-1.055: § 235, 4.
– art. 1.054: § 235, 4.
– art. 1.056: § 174, 1, 2.
– arts. 1.056-1.058: §§ 172, 4; 221, 1.
– art. 1.057, 2.ª parte: § 163, 2.
– art. 1.057, alínea 1.ª: § 176, 2.
– art. 1.058: § 219, 6.
– art. 1.060: § 176, 2.
– art. 1.069: §§ 229, 2; 233, 3; 237 2.
– arts. 1.069-1.071: § 233, 7.
– art. 1.072: §§ 172, 7; 225, 2; 237 2.
– arts. 1.079-1.088: § 225, 7.
– arts. 1.079-1.091: § 226, 1.
– art. 1.080: § 225, 2.
– art. 1.081: § 223, 7.
– art. 1.081, I: §§ 223, 1; 225, 4.
– art. 1.081, I, alínea 2.ª: §§ 223, 1, 6; 225, 11.
– art. 1.081, I-III: § 225, 2.
– art. 1.081, II: § 225, 5, 7.
– art. 1.081, III: § 225, 5, 7, 9.
– art. 1.081, IV: §§ 223, 1, 6, 7; 225, 2, 5; 233, 9.
– art. 1.082: §§ 225, 7, 8, 9; 229, 2; 233, 3, 9; 238, 1.
– art. 1.084: § 225, 7.
– art. 1.092: § 207, 2.
– art. 1.092, alínea 1.ª: §§ 172, 7; 235, 15.
– art. 1.092, alínea 2.ª: §§ 172, 7; 174, 1; 225, 1; 235, 15.

- art. 1.092, parágrafo único: §§ 133, 1; 172, 7; 173, 3, 5; 174, 1; 177, 3; 199, 1; 204, 1; 207, 2; 221, 2.
- art. 1.101: §§ 171, 2; 229, 2.
- arts. 1.101-1.106: §§ 171, 4; 233, 3, 7; 237, 2.
- art. 1.103: § 219, 4.
- art. 1.105: §§ 171, 2; 219, 4.
- art. 1.118: § 164, 4.
- art. 1.119: § 164, 4.
- art. 1.127: §§ 163, 2; 219, 6.
- art. 1.132: § 225, 8.
- arts. 1.132-1.134: § 165, 4.
- arts. 1.133, II: § 225, 7.
- art. 1.149: § 147, 1.
- art. 1.166: § 230, 1; 235, 3.
- art. 1.166, 2.ª parte: § 235, 3.
- art. 1.175: §§ 133, I; 235, 15.
- arts. 1.175-1.177: § 133, 1.
- art. 1.176: §§ 133, 1; 235, 35.
- art. 1.177: § 133, 1.
- arts. 1.181-1.187: § 240, 3.
- art. 1.192, I: § 140, 10.
- art. 1.193: §§ 140, 10; 225, 1; 234, 1; 235, 16.
- art. 1.197: §§ 229, 2; 235, 10; 237, 2.
- art. 1.199: § 207, 7.
- arts. 1.200-1.215: § 124, 2.
- art. 1.201: § 229, 2.
- art. 1.201, parágrafo único: § 229, 2.
- art. 1.205: §§ 207, 5; 235, 8.
- art. 1.205, § 2.º: § 204, 1.
- art. 1.206, parágrafo único: § 234, 1.
- art. 1.207: § 235, 8, 13.
- art. 1.209: § 235, 10.
- art. 1.211: § 140, 10.
- art. 1.215: §§ 235, 13; 237, 2.
- art. 1.226: §§ 191, 4; 225, 1.
- art. 1.226, II: § 161, 4.
- art. 1.229: § 225, 1.
- art. 1.229, III: § 161, 4.
- art. 1.238: § 233, 7.
- art. 1.253: § 171, 4.
- art. 1.255: § 120, 2.
- art. 1.266, 1.ª parte: § 178, 3.
- art. 1.267: §§ 164, 4; 181, 2.
- art. 1.272: § 129, 3.
- art. 1.277: § 171, 4.
- art. 1.288: § 127, 8.
- art. 1.295: § 181, 2.
- art. 1.300: § 178, 3.
- art. 1.300, § 1.º: § 219, 6.
- art. 1.304, 2.ª parte: § 222, 3.
- art. 1.305: §§ 218, 2; 233, 7; 237, 2.
- art. 1.310: § 164, 4.
- art. 1.312: § 164, 4.
- art. 1.316, I: §§ 223, 6; 233, 3.
- art. 1.316, I, 1.ª parte: § 229.
- art. 1.317, I: § 223, 7.
- art. 1.318: § 233, 3.
- art. 1.319: §§ 229, 2; 233, 3.
- art. 1.321: § 223, 6.
- art. 1.322: §§ 229, 2; 237, 2.

- art. 1.331: §§ 166, 3; 169, 1; 183, 7; 186, 4; 190, 1; 229, 2; 248, 1.
- arts. 1.331-1.345: § 127, 8.
- art. 1.332: §§ 166, 3; 183, 7; 190, 1; 203, 4; 219, 6.
- art. 1.333: § 190, 1.
- art. 1.334: § 237, 2.
- arts. 1.334-1.345: § 229, 2.
- art. 1.338: § 219, 6.
- art. 1.339: § 248, 1.
- art. 1.340: §§ 171, 4; 248, 1.
- art. 1.343: § 225, 8.
- art. 1.380: §§ 164, 4; 181, 2.
- art. 1.380, 1.ª parte: § 178, 3.
- art. 1.399, IV: § 237, 2.
- art. 1.455: § 175, 1.
- art. 1.457: § 17, 1.
- art. 1.490: § 235, 8.
- art. 1.491: § 234, 2.
- art. 1.492, I-II: § 234, 2.
- art. 1.492, III: § 234, 2.
- art. 1.495: § 154, 1.
- art. 1.497: § 154, 1.
- art. 1.499: § 235, 8.
- art. 1.510: § 207, 2; 7.
- art. 1.515: § 235, 15.
- art. 1.518: § 164, 2.
- art. 1.519: §§ 163, 1; 164, 2; 165, 2; 172, 4; 186, 1, 3, 4, 7, 8, 9; 187, 1, 3, 5; 218, 2; 219, 1; 221, 1; 235, 6.
- art. 1.520: §§ 164, 2; 172, 4; 186, 1, 2, 4; 187, 1; 221, 1; 325, 6.
- art. 1.520, parágr. único: §§ 163, 1, 2; 183, 3, 7; 187, 5.
- art. 1.521, I e II: § 198, 1.
- art. 1.521, III: §§ 117, 3; 156.
- art. 1.521, IV: § 117, 3.
- art. 1.522: § 156, 7.
- art. 1.523: § 156, 7.
- art. 1.525: § 205, 2.
- art. 1.527: §§ 186, 2, 7; 206, 2; 219 1.
- art. 1.527, I-IV: § 163, 1.
- art. 1.527: III: § 175, 1.
- art. 1.528: §§ 163, 1; 186, 2; 206, 2.
- art. 1.529: §§ 163, 1; 186, 2, 7; 206, 2; 219, 2.
- art. 1.532: § 164, 2.
- art. 1.537: §§ 163, 2; 164, 2.
- art. 1.553: § 164, 2.
- art. 1.572: § 131, 4; 135, 2.
- art. 1.580, parágr. único: § 117.
- art. 1.581, 2.ª parte: § 117, 3.
- art. 1.584: § 117, 3.
- art. 1.595: § 240, 3.
- arts. 1.595-1.602: § 205, 2.
- art. 1.596: § 117, 3.
- art. 1.597: § 240, 1.
- art. 1.602: § 154, 3.
- art. 1.626: § 223, 7.
- art. 1.627, I: § 161, 2, 3.
- art. 1.627, II: § 161, 4.
- art. 1.627, IV: § 161, 4.
- art. 1.633: § 237, 2.

– art. 1.634: § 237, 2.
– art. 1.637: § 161, 4.
– art. 1.638, X: § 237, 2.
– art. 1.639: § 237, 2.
– art. 1.642: § 161, 4.
– art. 1.650, II: § 161, 4.
– art. 1.664: § 181, 2.
– art. 1.706: § 147, 1.
– art. 1.717: § 161, 8.
– art. 1.718, 1.ª parte: § 161, 1.
– art. 1.718, 2.ª parte: § 161, 1.
– art. 1.723: §§ 152, 3; 165, 4.
– art. 1.729: § 117, 3.
– art. 1.734, parágr. único: § 235.
– art. 1.735: § 207, 2.
– arts. 1.741-1.745: §§ 205, 2; 240, 3.
– art. 1.748: § 168, 1.
– art. 1.769: § 235, 8.
– art. 1.771: § 233, 1.
– art. 1.778: § 171, 2.
– art. 1.799, alínea 2.ª: § 207, 7.

Código Comercial, art. 127: § 225.
– art. 127, alínea 1.ª: § 225, 7.
– art. 127, 2.ª parte: § 225, 9.
– art. 131, n. 4: § 225, 7.
– art. 181: § 178, 7.

Código Penal, art. 14: § 117, 3.
– art. 16: § 177, 3.
– art. 19, I: § 186, 1.
– art. 19, II: §§ 183, 1; 184, 1; 186, 1.
– art. 19, III: § 186, 1.
– art. 19, III, 2.ª parte: § 185, 1.
– art. 20: § 183, 3; 186, 1.
– art. 20, § 1.º: § 186, 1.
– art. 20, § 2.º: § 186, 1.
– art. 21: §§ 183, 1; 184, 1, 4.
– art. 48, III: § 177, 3.
– art. 69: §§ 164, 1, 4; 168, 1; 243, 1.
– art. 107: § 240, 4.
– art. 108, V: § 240, 4.
– art. 122: § 202, 2.
– art. 146: § 196, 1.
– art. 179: § 145, 1.
– art. 240, § 3.º, II: § 240, 6.
– art. 240, § 4.º, II: § 242, 1.
– art. 345: § 200, 2.
– art. 345, parágr. único: § 200, 2.

6. Códigos de Processos

Código de Processo Civil, art. 2.º: § 185, 5.
– art. 3.º, parágrafo único: § 186.
– art. 110: § 182, 2.
– art. 160, I: § 207, 5.
– art. 181: § 236, 2.
– arts. 229-234: § 233, 1.
– arts. 259-262: §§ 127, 2; 145.
– art. 302, I: §§ 233, 9; 235, 8.
– art. 302, II: § 235, 8.
– art. 302, IV: §§ 233, 9; 235, 8.
– art. 302, V: § 235, 8.

– art. 302, VI: §§ 207, 5; 235, 8.
– art. 302, VI-IX: § 233, 9.
– art. 302, VII: §§ 207, 3, 5; 235, 8.
– art. 302, VIII: §§ 207, 3, 5; 235, 8.
– art. 302, IX: §§ 207, 3; 235, 8.
– art. 302, X: §§ 207, 5; 235, 8.
– art. 302, XI: §§ 156, 4; 158, 4; 233, 9; 235, 8.
– art. 302, XII: §§ 127, 9; 158, 4; 174, 1; 207, 3, 4, 5; 208, 2; 235, 8.
– art. 305: §§ 156, 4; 158, 4.
– art. 305, §§ 1.º-3.º: § 156, 4.
– art. 311: § 235, 10.
– art. 374: § 203, 3.
– arts. 384-392: § 201, 1.
– art. 410: § 235, 10.
– art. 467: § 220, 2.
– art. 570: § 236, 8.
– art. 675: § 207, 5.
– art. 675, II: § 207, 4, 5, 6.
– arts. 675-688: § 207, 2.
– art. 676, I: § 207, 6.
– art. 676, II: § 207, 6.
– art. 676, IV: § 207, 3.
– art. 677, II: 199, 4; 201, 1; 219.
– art. 681: § 207, 6.
– art. 688: § 218, 2.
– art. 704: §§ 195, 2; 233, 9; 235, 8; 237, 2.
– arts. 704-706: § 231, 1.
– art. 705: §§ 195, 2; 233, 9; 235, 8; 237, 2.
– art. 798, II: § 241, 3.
– art. 883, II: §§ 165, 3; 219, 3.
– arts. 906-917, § 172, 7.
– art. 934: §§ 183, 4; 201, 1.
– art. 977, § 2.º: § 207, 7.
– arts. 992-995, § 172, 7.
– arts. 998-1.005: § 127, 9.
– art. 1.007: § 127, 9.

Código de Processo Penal, art. 63: § 180, 3.
– arts. 65-67: § 205, 2.
– art. 301: § 191, 2.

7. Leis Extravagantes

Alvará de 24 de dezembro de 1732: § 141, 4.
– art. 9.º: § 141, 4.

Alvará de 27 de setembro de 1733: § 141, 1.

Lei de 24 de dezembro de 1734: § 141, 4.

Alvará de 20 de outubro de 1763: § 196, 1.
– § 8: § 196, 1.

Lei de 20 de junho de 1774: § 195.
– § 19: § 195, 1.

Alvará de 27 de novembro de 1804: § 148, 2.
– § 8: § 148, 2.

Carta régia de 12 de agôsto de 1817: § 141, 4.

Lei n. 374, de 24 de setembro de 1845: § 141, 4.
– art. 9.°: § 141, 4.

Lei de 28 de outubro de 1848: § 141, 4.
– art. 33: § 141, 4.

Lei de 18 de setembro de 1850: § 141, 4.
– art. 16, § 4.°: § 141, 4.

Reg. n. 737, de 25 de novembro de 1850: § 142, 2.
– art. 537: § 142, 2.

Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867: § 141, 4.
– art. 39: § 156, 3.

Lei de 9 de julho de 1773: § 148, 2.
– §§ 11 e 17: § 148, 2.

Lei n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912: § 179, 2.
– arts. 1.°-6.°: § 179, 2.
– art. 2.°: § 175, 1.
– arts. 17-25: § 179, 2.

Lei n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915: § 141, 1.
– art. 1, pr.: § 141, 1.

Lei n. 4.265, de 15 de janeiro de 1921: § 141, 1.
– art. 5.°: § 141, 4.

Lei de 12 de fevereiro de 1921: § 196, 3.

Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928: § 128, 5.
– art. 11: § 128, 5.
– art. 11, *b*): § 128, 5.
– art. 11, e): § 128, 5.
– art. 11, *d*): § 128, 5.

Lei n. 94, de 10 de setembro de 1935: § 141, 5.

Lei n. 492, de 30 de agôsto de 1937: § 194, 4.
– art. 2.°, § 2.°, II: § 194, 4.

Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937: § 158, 1.
– art. 12: § 158, 1.
– art. 13: § 158, 1.
– art. 13, § 1.°: § 158, 1.
– art. 13, § 2.°: § 158, 1.
– art. 13, § 3.°: § 158, 1.
– art. 18: § 158, 1, 4.
– art. 19: § 158, 1.
– art. 22: § 158, 1.
– art. 22, § 1.°: § 168, 1.
– art. 22, § 2.°: § 158, 1.
– art. 22, § 3.°: § 158, 2.
– art. 22, §§ 3.°-6.°: § 168, 2.
– art. 22, § 4.°: § 158, 2.
– art. 22, § 5.°: § 158, 2.
– art. 22, § 6.°: § 158, 2.
– art. 29: § 158, 1, 3.
– art. 29, parágrafo único: § 158.
– Decreto-lei n. 65, de 14 de dezembro de 1937: § 196, 4.
– art. 2.°: § 196, 4.

– art. 6.º: § 196, 4.

Decreto-lei n. 710, de 17 de setembro de 1938: § 152, 2.

Decreto-lei n. 852, de 11 de novembro de 1938: § 156, 1.

– art. 2.º, I: § 156, 1.

– art. 2.º, I-V: § 156, 1.

– art. 2.º, II: § 156, 1.

– art. 2.º, III: § 156, 1.

– art. 2.º, IV: § 156, 1.

– art. 2.º, V: § 156, 1.

– art. 3.º: § 156, 1.

Decreto-lei n. 291, de 25 de novembro de 1938: § 160, 2.

– art. 29: § 160, 2.

Decreto-lei n. 1.271, de 16 de maio de 1939: § 194, 4.

– art. 2.º, § 1.º, II: § 194, 4.

Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940: § 141, 5.

Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940: § 139, 2.

– art. 1.º, § 1.º: § 139, 2.

– art. 4.º: § 139, 2.

– art. 8.º, § 1.º: § 124, 2.

– Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941: § 219, 1.

– arts. 2.º-4.º: § 219, 1.

– Decreto-lei n. 3.866, de 29 de novembro de 1941: § 158, 1.

Decreto-lei n. 4.152, de 6 de março de 1942: § 219, 1.

Decreto-lei n. 4.219, de 31 de março de 1942: § 161, 3.

– art. 2.º: § 161, 3.

Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942: § 171, 2.

– art. 2.º, §§ 1.º e 2.º: § 171, 2.

– art. 3.º: § 165, 1.

– art. 4.º: § 148, 2.

– Decreto-lei n. 4.812, de 8 de outubro de 1942; § 219, 1.

– arts. 1.º-29: § 219, 1.

Decreto-lei n. 5.275, de 24 de fevereiro de 1943: § 219, 1.

Decreto-lei n. 5.384, de 8 de abril de 1943: § 161, 7.

– art. 1.º: § 161, 7.

– art. 1.º e parágrafo único: § 161, 8.

Decreto-lei n. 5.606, de 22 de junho de 1943: § 161, 3.

– art. 2.º: § 161, 3.

Decreto-lei n. 6.045, de 27 de novembro de 1943: § 219, 1.

Decreto-lei n. 6.961, de 16 de outubro de 1944: § 237, 2.

– art. 1.º: § 237, 2.

– art. 2.º: § 237, 2.

Decreto-lei n. 7.379, de 31 de março de 1945: §§ 136, 1; 150, 2.

Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945: § 236, 2.

Decreto-lei n. 8.618, de 10 de janeiro de 1946: §§ 136, 1; 150, 2.

- art. 1.º: § 136, 1.
- art. 1.º, § 1.º: § 136, 1.
- art. 1.º, § 2.º: § 136, 1.
- art. L1º, § 3.º: § 136, 1.
- art. 2.º: § 136, 1.

Decreto-lei n. 4.811, de 9 de setembro de 1946: § 219, 1.

8. Decretos e Regulamentos

Decreto de 27 de janeiro de 1829: § 141, 4.

Resolução de 25 de outubro de 1832: § 141, 4.

Decreto de 31 de maio de 1833: § 141, 4.

Resolução de 24 de setembro de 1845: § 141, 4.

Decreto de 18 de dezembro de 1851: § 141, 4.

Decreto n. 665, de 6 de setembro de 1852: § 141, 4.

Resolução Imperial de 13 de outubro de 1866: § 141, 4.

Decreto n. 4.105, de 22 de fevereiro de 1868: § 156, 3.

- art. 1.º, § 2.º: § 156, 3.

Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890: § 142, 2.

- art. 137, § 1.º: § 142, 2.
- art. 137, §§ 2.º-6.º: § 142, 2.
- art. 138: § 142, 2.

Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922: § 147, 1.

- art. 10, parágrafo único: § 147.
- art. 840: §§ 136, 1; 152, 3.

Decreto n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927: § 198, 1.

- art. 74: § 198, 1.

Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928: § 143, 1.

- art. 270, parágrafo único: § 143.

Decreto n. 22.626, de 2 de abril de 1933: § 205, 2.

- art. 8.º: § 205, 2.
- art. 9.º: § 205, 2.

Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933: § 152, 2.

- art. 2.º: § 152, 2.

Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934: § 189, 2.

- art. 32: § 189, 2.

Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934: § 141, 1, 5.

- art. 1.º: § 155, 5.
- art. 2.º: *a*: § 155, 5.
- art. 2.º: *b*: § 155, 5.
- art. 2.º: *c*: §§ 155, 5; 156, 1.

– art. 2.°: *d*: § 155, 5.
– art. 2.°: *e*: 155, 5; 156, 1.
– art. 2.°: *f*: §§ 155, 5; 156, 1.
– art. 2.°: § 1.°: § 155, 5.
– art. 2.°: § 2.°: § 155, 5.
– art. 2.°: § 3.°: § 155, 5.
– art. 3.°: § 155, 5.
– art. 4.°: § 155, 5.
– art. 5.°: § 155, 5.
– art. 6.°: § 155, 5.
– art. 7.°: §§ 155, 5; 156, 2.
– art. 8.°: § 156, 1.
– art. 11: § 156, 3.
– art. 11: § 1.°: § 156, 3.
– art. 11: § 2.°: § 156, 3.
– art. 12: § 156, 3, 4.
– art. 14: § 156, 3.
– art. 29: § 1.°: § 157, 2.
– art. 29: I: § 156, 1.
– art. 29: I, *c*): § 156, 1.
– art. 32: § 155, 5.
– art. 34: § 156, 2.
– art. 53: § 156, 4.
– art. 53, parágrafo único: § 156.
– arts. 53-57: § 156, 4, 5.
– art. 54: § 156, 3, 4.
– art. 55: § 156, 4.
– art. 56: § 156, 4, 5.
– art. 71: § 156, 2.
– art. 98: § 155, 5.
– art. 98, parágrafo único: § 155.
– art. 100: § 155, 5.

Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934: § 233, 6.
– art. 792, II: § 233, 6.
– art. 794: § 233, 6.

Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939: § 161, 3.
– art. 63, § 2.°: § 161, 3.
– art. 188, 2.°: § 123, 1.
– art. 285. §§ 127, 5; 143, 1.
– art. 291: § 143, 2.

Decreto n. 7.903, de 27 de agôsto de 1945: § 123, 3.
– art. 95, 9.°: § 123, 3.
– art. 120, 7.°: § 123, 3.
– art. 125, 4.°: § 123, 3.

Decreto n. 29.124, de 12 de janeiro de 1951: § 196, 4.
– art. 8.°: § 196, 4.

9. Instrução

Instrução de 1.° de setembro de 1836, art. 7.°: § 141, 4.

10. Direito Estrangeiro

Alemanha:

Ordenação Processual alemã, artigo 302, alínea 4.ª; § 165, 3.
– art. 600, alínea 2.ª: § 165, 3.
– art. 945: § 165, 3.

Código Civil, § 37: § 154, 3.

- § 94: § 128, 4.
- § 95: § 127, 5.
- § 97: §§ 143, 1, 2; 145, 5.
- § 97, alínea 1.ª, 2.ª parte: § 145.
- § 99, alíneas 2.ª e 3.ª: § 140, 6.
- § 99, alínea 1.ª: § 140, 2.
- §§ 129-131: § 197, 2.
- § 140: § 202, 3.
- § 148: § 225, 7.
- § 149: § 226, 7, 9.
- § 180, 2.ª parte: § 237, 3.
- § 226: § 185, 2.
- § 227: § 184, 1.
- § 228: §§ 124, 1; 186, 3.
- § 231: §§ 198, 1; 200, 1.
- § 276: § 178, 6.
- § 281: § 154, 3.
- § 285: § 164, 4.
- § 314: § 145, 5.
- § 323: § 154, 3.
- § 325: § 172, 7.
- § 561: § 196, 4.
- § 665, 2.ª parte: § 235, 11.
- § 678: § 190, 1.
- § 708: §§ 178, 3; 181, 2.
- § 725: § 119, 1.
- § 749: § 248, 1.
- § 818: § 154, 3.
- § 823: § 190, 1.
- § 823 alínea 1.ª; § 163, 2.
- § 824 alínea 2.ª: § 237, 3.
- § 827: § 178, 6.
- § 827, 2.ª parte: § 180, 1.
- § 828: § 178, 6.
- § 829: §§ 162, 2; 198, 1.
- §§ 836-838: § 163, 1.
- § 853: § 235, 15.
- § 859: §§ 191, 4; 193, 1; 195, 1; 196, 2.
- § 872: § 217, 2.
- § 904: §§ 163, 1; 172, 4; 186, 221, 1.
- § 905: § 190, 3.
- § 910: § 191, 3.
- § 958, alínea 1.ª: § 217, 2.
- § 966: § 154, 3.
- § 967: § 154, 3.
- § 968: § 154, 3.
- § 973: § 154, 3.
- § 975: § 154, 3.
- § 976: § 154, 3.
- § 977: § 154, 3.
- § 979: § 154, 3.
- § 983: § 154, 3.
- § 992: § 166, 3.
- § 1.066, alínea 3.ª: § 154, 3.
- § 1.258, alínea 3.ª: § 154, 3.
- § 1.359: § 181, 2.
- § 1.370: § 154, 2.
- § 1.381: § 154, 2.
- § 1.565: § 164, 3.
- § 1.664: § 178, 3.
- § 2.131: § 178, 3.

– § 2.164: § 147, 1.

– § 2.169: § 154, 1.

Argentina:

Código Civil, arts. 1.100 e 1.101 (antigos 1.066 e 1.067): § 198, 1.

– art. 1.167 (antigo 1.133, 1.º): § 163, 1.

– art. 1.168 (antigo 1.134): § 163.

– art. 1.725, 1.ª parte: § 178, 3.

– art. 2.352 (antigo 2.318): § 125.

– art. 2.362: § 142, 2.

– art. 2.363: § 142, 2.

– art. 2.504 (antigo 2.470): §§ 191, 4; 193, 1; 195, 1.

– art. 2.528 (antigo 2.494): § 203.

– art. 2.531 (antigo 2.497): § 203.

– arts. 2.585-2.590 (antigos 2.551-2.556): § 214, 1.

– art. 2.663: §§ 191, 3; 196, 3.

– art. 2.663, 2.ª parte (antigo 2.629, 2.ª parte): § 197, 1.

Áustria:

Código Civil, art. 19: §§ 191, 4.

– art. 344: § 191, 4.

– arts. 1.321 e 1.322; § 191, 4.

França:

Código Civil, art. 132: § 154, 1.

– art. 524: § 145, 5.

– art. 526: § 133, 1.

– art. 528: § 125, 1.

– art. 547: § 140, 10.

– art. 552: § 190, 3.

– arts. 672 e 673: § 196, 3.

– art. 747: § 154, 1.

– art. 766: § 154, 1.

– arts. 1.066 e 1.067: § 154, 1.

– art. 1.069: § 154, 1.

– art. 1.142: § 191, 4.

– art. 1.143: § 191, 4.

– art. 1.144: § 191, 4.

– art. 1.184: § 191, 4.

– art. 1.303: § 154, 3.

– art. 1.385: § 163, 1.

– art. 1.386: § 163, 1.

– art. 1.407: § 154, 1.

– art. 1.433: § 154, 1.

– art. 1.434: § 154, 1.

– art. 1.552: § 154, 1.

– art. 1.559: § 154, 1.

– art. 1.657: § 191, 4.

– art. 2.230: § 217, 2.

Código de Processo Civil, art. 819: § 191, 4.

Lei francesa de 4 de abril de 1889, Título VI, art. 1: § 191, 4.

Holanda:

Código Civil, art. 714: § 196, 3.

Itália:

art. 45: Código Comercial (antigo) § 225.

Lituânia:

Código Penal de 1933, art. § 177, 3.

Noruega:

Código Penal de 1902, § 57: § 177.

Portugal:

Estatutos da Universidade de Coimbra, no Livro II, Título 3, Capítulo 8, § 5: § 159, 2.

Suíça:

Código Civil (1881), art. 12, alinea 2.ª: § 225, 11.

- art. 12, II: § 225, 11.

Código Civil (1911), art. 52, alínea 3.ª: § 191, 4; 197, 2.

- art. 54: § 162, 2.
- art. 57: § 191, 4.
- art. 58: § 163, 1.
- art. 107: § 172, 7.
- arts. 352-354: § 191, 4.
- art. 644, alíneas 1.ª e 2.ª: § 145.
- art. 644, alínea 2.ª: §§ 144, 2; 145, 5;
- art. 645: § 143, 2.
- art. 675: § 151, 3.
- art. 676: § 151, 3.
- art. 687: § 196, 3.
- art. 704: alínea 3.ª: § 155, 5.
- art. 926: § 191, 4.
- art. 926: alínea 2.ª: §§ 191, 4; 196, 2.

Código Penal de 1937, art. 20: § 177, 3.

Uruguai:

Código Civil, art. 415: § 125, 1.

- art. 1.886: § 178, 3.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DA LEGISLAÇÃO NO **PANORAMA ATUAL**

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

- art. 5.°, XI – § 188. A
- art. 5.°, XXII – §§ 188. A; 219. A
- art. 5.°, XXXV – §§ 155. A; 198. A
- art. 5.°, LXII – § 196. A
- art. 7.°, XXVIII – § 180. A
- art. 20 – §§ 155. A, B; 156. A
- art. 20, III – § 156. B
- art. 21, VII – § 122. A
- art. 21, XII, *b* – § 156. A
- art. 23, III – § 158. A
- art. 24, VII – § 158. A

- art. 26 – § 155. A, B
- art. 26, I – § 156. B
- art. 164 – § 122. A
- art. 176 – §§ 140. A, B; 156. B
- art. 176, § 1.° – §§ 140. A; 156. B
- art. 176, § 2.° – § 140. A
- art. 176, § 3.° – § 140. A
- art. 176, § 4.° – § 140. A
- art. 177 – § 140. B
- art. 199, § 4.° – § 116. A
- art. 201 – § 180. A
- art. 202 – § 180. A

2. Constituições anteriores

Constituição de 1946

- art. 34, I – § 155. A
- art. 34, II – § 155. A
- art. 141, § 4.° – §§ 155. A; 198. A
- art. 141, § 7.° – § 188. A
- art. 141, § 15 – § 188. A
- art. 141, § 16 – §§ 188. A; 219. A
- art. 141, § 32 – § 196. A
- art. 175 – § 158. A

3. Códigos Civis

Código Civil de 2002

- art. 2.° – §§ 160. A; 161. A
- art. 3.° – § 160. A
- art. 4.°, I – § 161. B
- art. 5.° – § 160. A
- art. 14 – § 116. A
- art. 33 – § 160. A
- art. 35, § 1.° – § 229. A
- art. 36 – § 229. A
- art. 44, III – § 131. A
- art. 45 – § 237. A
- art. 48, I – § 125. B
- art. 48, II – § 125. B
- art. 52 – § 126. B
- art. 70 – § 229. A
- art. 71 – § 229. A
- art. 72 – § 229. A
- art. 73 – § 229. A
- art. 74 – § 229. A
- art. 75 – § 229. A
- art. 76 – § 229. A
- art. 77 – § 229. A
- art. 78 – § 229. A
- art. 79 – §§ 115. A; 117. A; 124. B; 128. A; 137. A; 139. A, B; 160. A
- art. 80 – §§ 117. A; 124. A
- art. 80, I – §§ 130. B; 133. A
- art. 80, II – § 131. A
- art. 81 – §§ 115. A; 117. A; 131. A
- art. 81, I – § 131. A
- art. 82 – §§ 115. A; 117. A; 125. B
- art. 83 – §§ 115. A; 117. A; § 125. B
- art. 84 – § 117. A
- art. 85 – § 117. A
- art. 86 – §§ 117. A; 120. A; 121. A; 126. B; 177. A
- art. 87 – §§ 117. A; 126. B; 177. A
- art. 88 – §§ 117. A; 128. A; 177. A
- art. 89 – §§ 115. A; 134. A; 135. A, B; 177. A

- art. 90 – §§ 115. A; 134. A, C; 135. A, B; 177. A
- art. 90, parágrafo único – § 121. A
- art. 91 – §§ 135. A, B; 154. A; 177. A
- art. 92 – §§ 124. B; 138. B
- art. 93 – §§ 124. B; 138. B
- art. 94 – § 138. B
- art. 95 – § 138. B
- art. 96 – §§ 117. A; 138. B
- art. 96, § 1.° – §§ 138. A; 139. A
- art. 96, § 2.° – §§ 138. A; 139. A
- art. 96, § 3.° – §§ 138. A; 139. A
- art. 97 – § 138. A, B
- art. 98 – § 117. A
- art. 99 – § 117. A
- art. 99, I – §§ 155. A, B; 157. A; 158. A
- art. 99, II – §§ 155. A; 157. A; 158. A
- art. 99, III – §§ 155. A; 157. A; 158. A
- art. 100 – § 117. A
- art. 101 – § 117. A
- art. 102 – § 117. A
- art. 103 – §§ 117. A; 155. A
- art. 104, I – § 247. A
- art. 104, II – § 247. A
- art. 108 – § 124. A
- art. 114 – § 226. A
- art. 138 – § 247. A
- art. 139 – § 247. A
- art. 140 – § 247. A
- art. 141 – § 247. A
- art. 142 – §§ 177. A; 247. A
- art. 143 – § 177. A
- art. 144 – § 177. A
- art. 145 – § 247. A
- art. 146 – § 247. A
- art. 147 – § 247. A
- art. 148 – § 247. A
- art. 149 – § 247. A
- art. 150 – § 247. A
- art. 151 – § 247. A
- art. 152 – § 247. A
- art. 153 – § 247. A
- art. 154 – § 247. A
- art. 155 – § 247. A
- art. 166 – §§ 164. A; 247. A
- art. 167 – § 247. A
- art. 168 – § 247. A
- art. 169 – § 247. A
- art. 170 – § 247. A
- art. 171 – § 247. A
- art. 171, I – § 161. B
- art. 172 – § 247. A
- art. 173 – § 247. A
- art. 174 – § 247. A
- art. 175 – § 247. A
- art. 176 – § 247. A
- art. 177 – § 247. A
- art. 178 – § 247. A
- art. 179 – § 247. A
- art. 180 – § 247. A
- art. 181 – § 247. A
- art. 182 – § 247. A
- art. 186 – §§ 123. A; 164. A, C; 165. A; 166. A; 171. B; 176. A; 182. A; 200. A; 203. A
- art. 187 – § 164. C
- art. 188 – §§ 163. A; 186. B

- art. 188, I – §§ 182. A; 199. A; 183. A, B; 185. A
- art. 188, II – §§ 172. B; 182. A; 186. A, B; 193. A; 218. A; 219. A
- art. 202, VI – § 229. A
- art. 205 – § 220. A
- art. 206 – § 220. A
- art. 212 – § 233. A
- art. 233 – § 172. B
- art. 234 – § 172. B
- art. 235 – §§ 172. B; 233. A
- art. 236 – §§ 172. B; 233. A
- art. 237 – §§ 172. B; 233. A
- art. 238 – §§ 172. B; 233. A
- art. 239 – §§ 172. B; 233. A
- art. 240 – §§ 172. B; 233. A
- art. 241 – §§ 172. B; 233. A
- art. 242 – §§ 160. A; 172. B; 233. A
- art. 250 – § 173. A
- art. 251 – § 173. A
- art. 290 – § 229. A
- art. 291 – § 237. A
- art. 292 – § 237. A
- art. 305 – § 154. B
- art. 346 – § 154. A, B
- art. 373, I – § 176. A
- art. 386 – § 235. B
- art. 387 – § 235. B
- art. 389 – §§ 172. B; 174. A, C
- art. 390 – §§ 172. B; 173. A
- art. 391 – § 172. B
- art. 392 – §§ 172. B; 176. A
- art. 393 – §§ 179. B; 219. A
- art. 393, parágrafo único – § 179. B
- art. 394 – §§ 203. A; 219. A
- art. 397, parágrafo único – § 235. B
- art. 399 – § 203. A
- art. 401, I – § 173. A
- art. 403 – § 178. B
- art. 408 – § 205. A
- art. 409 – § 205. A
- art. 410 – § 205. A
- art. 411 – § 205. A
- art. 413 – § 205. A
- art. 414 – § 205. A
- art. 415 – § 205. A
- art. 416 – § 205. A
- art. 426 – § 226. A
- art. 427 – §§ 225. B; 226. A
- art. 428 – §§ 225. B; 226. A
- art. 429 – § 225. B
- art. 430 – §§ 225. B; 226. A; 229. A
- art. 431 – §§ 225. B; 226. A
- art. 432 – § 226. A
- art. 433 – § 226. A
- art. 434 – §§ 225. B; 226. A
- art. 435 – § 226. A
- art. 441 – § 229. A
- art. 475 – §§ 172. B; 174. A, C; 177. A
- art. 476 – §§ 172. B; 177. A; 199. A; 204. A; 207. A
- art. 477 – §§ 172. B; 177. A; 199. A; 204. A; 207. A
- art. 478 – § 172. B
- art. 479 – § 172. B
- art. 492 – § 219. A
- art. 496 – § 225. B
- art. 539 – § 235. B

- art. 570 – § 168. B
- art. 576 – § 237. A
- art. 612 – § 237. A
- art. 613 – § 237. A
- art. 629 – §§ 178. B; 195. A
- art. 661 – § 181. A
- art. 666 – § 161. B
- art. 667 – § 178. B
- art. 667, § 1.º – § 219. A
- art. 682 – § 229. A
- art. 687 – § 229. A
- art. 690 – §§ 229. A; 237. A
- art. 769 – § 175. A
- art. 771 – § 175. A
- art. 827 – § 234. A
- art. 831 – § 154. A
- art. 834 – § 154. A
- art. 861 – §§ 166. A; 190. A; 229. A; 248. A
- art. 862 – §§ 166. A; 190. A
- art. 864 – §§ 229. A; 237. A
- art. 865 – § 229. A
- art. 866 – § 229. A
- art. 867 – § 229. A
- art. 868 – § 229. A
- art. 869 – §§ 229. A; 248. A
- art. 870 – §§ 229. A; 248. A
- art. 871 – § 229. A
- art. 872 – § 229. A
- art. 873 – §§ 225. B; 229. A
- art. 874 – § 229. A
- art. 875 – § 229. A
- art. 878 – § 154. A
- art. 879 – § 154. A
- art. 884 – §§ 172. B; 203. B
- art. 885 – §§ 172. B; 203. B
- art. 886 – §§ 172. B; 203. B
- art. 917 – § 206. B
- art. 927 – §§ 162. B; 164. C
- art. 927, parágrafo único – §§ 163. A; 180. A
- art. 928 – § 161. B
- art. 929 – §§ 164. A; 172. B; 186. A, B; 187. A, B; 219. A
- art. 930 – §§ 164. A; 172. B; 186. A; 187. A, B
- art. 932 – §§ 117. A; 164. A
- art. 934 – § 164. A
- art. 935 – § 164. A
- art. 936 – §§ 162. B; 163. A; 164. A; 186. A; 206. A; 219. A
- art. 937 – §§ 164. A; 206. A
- art. 938 – §§ 162. B; 163. A; 164. A; 206. A
- art. 939 – § 164. A
- art. 940 – § 164. A
- art. 941 – § 164. A
- art. 942 – § 164. A
- art. 943 – § 164. A
- art. 1.079 – § 226. A
- art. 1.088 – § 226. A
- art. 1.091 – § 226. A
- art. 1.196 – §§ 203. A; 211. A
- art. 1.204 – § 212. A
- art. 1.205 – § 212. A
- art. 1.206 – § 212. A
- art. 1.207 – § 212. A
- art. 1.208 – § 212. A
- art. 1.209 – §§ 124. A; 212. A
- art. 1.210 – § 203. B
- art. 1.210, § 1.º – §§ 191. A; 193. A; 196. A, C
- art. 1.210, § 2.º – § 219. A

- art. 1.214, parágrafo único – § 160. A
- art. 1.215 – § 160. A
- art. 1.216 – § 160. A
- art. 1.223 – §§ 212. A; 213. A
- art. 1.224 – §§ 212. A; 213. A
- art. 1.228 – § 219. A
- art. 1.230 – § 140. A, B
- art. 1.232 – § 160. A
- art. 1.238 – § 124. A
- art. 1.239 – § 124. A
- art. 1.240 – § 124. A
- art. 1.241 – § 124. A
- art. 1.242 – §§ 124. A; 155. A
- art. 1.243 – § 124. A
- art. 1.244 – § 124. A
- art. 1.255 – § 117. A
- art. 1.263 – § 217. B
- art. 1.264 – § 214. A
- art. 1.266 – § 214. A
- art. 1.267 – § 212. A
- art. 1.268 – §§ 212. A; 215. A
- art. 1.269 – § 215. A
- art. 1.270 – § 215. A
- art. 1.271 – § 214. A
- art. 1.272, § 1.º – § 160. A
- art. 1.272, § 2.º – § 160. A
- art. 1.272, § 3.º – § 160. A
- art. 1.273 – § 122. A
- art. 1.275, I – § 155. A
- art. 1.275, II – § 155. A
- art. 1.275, parágrafo único – § 155. A
- art. 1.276 – § 155. A
- art. 1.280 – § 207. A
- art. 1.281 – § 207. A
- art. 1.283 – §§ 190. A; 196. A; 197. A
- art. 1.284 – § 190. A
- art. 1.286 – § 219. A
- art. 1.297 – § 124. A
- art. 1.305 – § 207. A
- art. 1.320 – § 248. A
- art. 1.331 – § 190. A
- art. 1.379 – § 155. A
- art. 1.389 – §§ 155. A; 160. A
- art. 1.389, III – § 155. A
- art. 1.390 – § 135. A
- art. 1.392, § 2.º – § 140. B
- art. 1.394 – § 160. A
- art. 1.396 – § 160. A
- art. 1.397 – § 160. A
- art. 1.398 – § 160. A
- art. 1.400 – § 207. A
- art. 1.404 – § 237. A
- art. 1.413 – §§ 135. A; 207. A
- art. 1.416 – §§ 135. A; 207. A
- art. 1.425, § 1.º – § 154. A
- art. 1.436 – § 229. A
- art. 1.459 – § 237. A
- art. 1.460 – § 237. A
- art. 1.467 – §§ 124. A; 196. A
- art. 1.470 – § 196. A
- art. 1.478 – § 154. A
- art. 1.607 – § 233. A
- art. 1.608 – § 233. A
- art. 1.609 – § 233. A
- art. 1.610 – § 233. A
- art. 1.611 – § 233. A
- art. 1.612 – § 233. A
- art. 1.613 – § 233. A
- art. 1.614 – § 233. A

- art. 1.615 – § 233. A
- art. 1.616 – § 233. A
- art. 1.617 – § 233. A
- art. 1.618 – § 161. A
- art. 1.634, V – § 161. B
- art. 1.638 – § 168. A
- art. 1.638, I, – § 190. A
- art. 1.647, I – §§ 124. A; 233. A
- art. 1.647, II – §§ 124. A; 233. A
- art. 1.647, III – § 233. A
- art. 1.647, IV – § 233. A
- art. 1.647, parágrafo único – § 233. A
- art. 1.651, II – § 124. A
- art. 1.651, III – § 124. A
- art. 1.659, I – § 154. A
- art. 1.659, II – § 154. A
- art. 1.660, V – § 160. A
- art. 1.690 – § 161. B
- art. 1.693 – § 154. A
- art. 1.711 – § 124. A
- art. 1.712 – § 124. A
- art. 1.713 – § 124. A
- art. 1.714 – § 124. A
- art. 1.715 – § 124. A
- art. 1.735 – § 169. A
- art. 1.737 – § 169. A
- art. 1.745 – § 233. A
- art. 1.746 – § 233. A
- art. 1.747 – § 233. A
- art. 1.747, I – § 161. B
- art. 1.748 – § 233. A
- art. 1.749 – § 233. A
- art. 1.750 – § 233. A
- art. 1.751 – § 233. A
- art. 1.752 – § 233. A
- art. 1.753 – § 233. A
- art. 1.754 – § 233. A
- art. 1.754, II – § 124. A
- art. 1.755 – § 233. A
- art. 1.756 – § 233. A
- art. 1.764, III – § 169. A
- art. 1.774 – § 169. A
- art. 1.781 – § 169. A
- art. 1.816, parágrafo único – § 154. A
- art. 1.860, parágrafo único – § 161. B
- art. 1.955 – § 207. A
- art. 1.961 – § 205. A
- art. 1.962 – § 205. A
- art. 1.963 – § 205. A
- art. 1.964 – § 205. A
- art. 1.965 – § 205. A
- art. 1.971 – § 168. A

Código Civil de 1916

- art. 4.° – §§ 160. A; 161. A
- art. 5.° – § 160. A
- art. 6.°, I – § 161. B
- art. 7.° – § 160. A
- art. 9.° – § 160. A
- art. 10 – § 160. A
- art. 18, parágrafo único – § 237. A
- art. 21 – §§ 121. A; 237. A
- art. 31 – § 229. A
- art. 32 – § 229. A
- art. 33 – § 229. A
- art. 34 – § 229. A
- art. 35 – § 229. A
- art. 36 – § 229. A
- art. 37 – § 229. A

- art. 38 – § 229. A
- art. 39 – § 229. A
- art. 40 – § 229. A
- art. 41 – § 229. A
- art. 42 – § 229. A
- art. 43 – §§ 117. A; 124. A; 160. A
- art. 43, I – §§ 128. A; 137. A; 139. A
- art. 43, II – §§ 128. A; 137. A; 139. A
- art. 43, III – §§ 115. A; 137. A; 139. A
- art. 44 – §§ 117. A; 124. A; 125. B
- art. 44, I – §§ 115. A; 130. B; 133. A
- art. 44, II – § 115. A
- art. 44, III – § 124. A
- art. 45 – § 117. A
- art. 46 – §§ 117. A; 131. A
- art. 47 – §§ 115. A; 117. A
- art. 48 – § 117. A
- art. 49 – § 117. A
- art. 50 – §§ 117. A; 120. A
- art. 51 – §§ 117. A; 120. A; 126. B
- art. 52 – § 117. A
- art. 53 – §§ 117. A; 128. A
- art. 54 – §§ 115. A; 117. A; 121. A; 135. A
- art. 54, I – §§ 134. A; 135. A
- art. 54, II – §§ 134. A; 135. A
- art. 55 – §§ 117. A; 135. A
- art. 56 – §§ 117. A; 135. A
- art. 57 – §§ 117. A; 134. C; 135. A; 154. A
- art. 57, I – § 135. B
- art. 58 – §§ 117. A; 138. A
- art. 59 – §§ 117. A; 138. A, B
- art. 60 – §§ 117. A; 138. A; 139. A; 160. A
- art. 61 – §§ 117. A; 138. A; 139. A, B
- art. 62 – §§ 117. A; 138. A; 139. A
- art. 63 – §§ 117. A; 138. A; 139. A
- art. 63, § 1.° – § 138. A
- art. 63, § 2.° – § 138. A
- art. 63, § 3.° – § 138. A
- art. 64 – §§ 117. A; 138. A
- art. 65 – § 117. A
- art. 66 – § 117. A
- art. 66, I – §§ 155. A, B; 157. A; 158. A
- art. 66, II – §§ 155. A, B; 157. A; 158. A
- art. 66, III – §§ 155. A; 157. A; 158. A
- art. 67 – § 117. A
- art. 68 – §§ 117. A; 155. A
- art. 69 – §§ 117. A; 136. A; 157. A, B
- art. 70 – §§ 117. A; 124. A
- art. 71 – § 117. A
- art. 72 – § 117. A
- art. 73 – § 117. A
- art. 81 – §§ 227. A; 247. A
- art. 82 – § 247. A
- art. 86 – § 247. A
- art. 87 – § 247. A
- art. 88 – § 247. A
- art. 89 – § 247. A
- art. 90 – § 247. A
- art. 91 – § 247. A

- art. 92 – § 247. A
- art. 93 – § 247. A
- art. 94 – § 247. A
- art. 95 – § 247. A
- art. 96 – § 247. A
- art. 97 – § 247. A
- art. 98 – § 247. A
- art. 99 – § 247. A
- art. 100 – § 247. A
- art. 101 – § 247. A
- art. 132 – § 222. A
- art. 134, II – § 124. A
- art. 136 – § 233. A
- art. 145 – §§ 164. A; 247. A
- art. 146 – § 247. A
- art. 147 – § 247. A
- art. 148 – § 247. A
- art. 149 – § 247. A
- art. 150 – § 247. A
- art. 151 – § 247. A
- art. 152 – § 247. A
- art. 153 – §§ 222. A; 247. A
- art. 154 – § 247. A
- art. 155 – § 247. A
- art. 156 – § 247. A
- art. 157 – § 247. A
- art. 158 – §§ 218. A; 247. A
- art. 159 – §§ 123. A; 164. A; 165. A; 166. A; 171. B; 176. A; 182. A; 200. A; 203. A
- art. 160, I – §§ 182. A; 183. A, B; 185. A; 199. A
- art. 160, II – §§ 172. B; 182. A; 186. A; 193. A; 218. A; 219. A
- art. 172, V – § 229. A
- art. 178 – § 220. A
- art. 228 – § 154. A
- art. 235 – § 124. A
- art. 235, I – § 124. A
- art. 235, II – § 124. A
- art. 236 – § 233. A
- art. 237 – § 233. A
- art. 239 – § 233. A
- art. 251, parágrafo único – § 124. A
- art. 269, I – § 154. A
- art. 269, II – § 154. A
- art. 271, V – § 160. A
- art. 282 – § 154. A
- art. 290 – § 124. A
- art. 291 – §§ 124. A; 154. A
- art. 293 – § 124. A
- art. 293, parágrafo único – § 154. A
- art. 306 – § 160. A
- art. 310 – § 124. A
- art. 317 – § 204. A
- art. 363 – § 233. A
- art. 364 – § 233. A
- art. 368 – § 161. A
- art. 368, § 4.° – § 161. A
- art. 390, I – § 154. A
- art. 390, II – § 154. A
- art. 391 – § 154. A
- art. 395 – §§ 164. A; 168. A
- art. 395, I – § 190. A
- art. 413 – § 169. A
- art. 415 – § 169. A
- art. 423 – § 233. A
- art. 426 – §§ 124. A; 233. A
- art. 427 – § 233. A
- art. 435 – § 233. A
- art. 443, III – § 169. A

- art. 453 – §§ 169. A; 233. A
- art. 472 – § 124. A
- art. 475 – § 124. A
- art. 477 – § 160. A
- art. 485 – § 211. A
- art. 493 – § 212. A
- art. 498 – § 124. A
- art. 499 – § 203. A
- art. 502 – §§ 191. A; 193. A; 196. A
- art. 503 – §§ 171. B; 203. A
- art. 510 – §§ 160. A; 171. B
- art. 511 – §§ 160. A; 171. B
- art. 512 – §§ 160. A; 171. B
- art. 513 – §§ 160. A; 171. B
- art. 514 – § 171. B
- art. 515 – § 171. B
- art. 516 – § 171. B
- art. 517 – § 171. B
- art. 518 – § 171. B
- art. 519 – § 171. B
- art. 520, II – § 212. A
- art. 528 – § 160. A
- art. 529 – § 207. A
- art. 530 – § 124. A
- art. 531 – § 124. A
- art. 532 – § 124. A
- art. 533 – § 124. A
- art. 534 – § 124. A
- art. 535 – § 124. A
- art. 536 – § 124. A
- art. 537 – § 124. A
- art. 538 – § 124. A
- art. 540 – § 124. A
- art. 546 – § 117. A
- art. 547 – § 117. A
- art. 550 – § 124. A
- art. 551 – § 155. A
- art. 554 – § 124. A
- art. 555 – §§ 124. A; 207. A
- art. 556 – § 124. A
- art. 557 – §§ 124. A; 190. A
- art. 558 – §§ 124. A; 190. A; 196. A; 197. A
- art. 559 – § 124. A
- art. 560 – § 124. A
- art. 561 – § 124. A
- art. 562 – § 124. A
- art. 563 – § 124. A
- art. 564 – § 124. A
- art. 565 – § 124. A
- art. 566 – § 124. A
- art. 567 – § 124. A
- art. 568 – § 124. A
- art. 569 – § 124. A
- art. 570 – § 124. A
- art. 571 – § 124. A
- art. 572 – § 124. A
- art. 573 – § 124. A
- art. 574 – § 124. A
- art. 575 – § 124. A
- art. 576 – § 124. A
- art. 577 – § 124. A
- art. 578 – § 124. A
- art. 579 – § 124. A
- art. 580 – § 124. A
- art. 580, parágrafo único – § 207. A
- art. 581 – § 124. A
- art. 582 – § 124. A
- art. 583 – § 124. A
- art. 584 – § 124. A

- art. 585 – § 124. A
- art. 586 – § 124. A
- art. 587 – § 124. A
- art. 588 – § 124. A
- art. 589, I – § 155. A
- art. 589, II – §§ 124. A; 155. A
- art. 589, § 1.º – § 155. A
- art. 592 – § 217. B
- art. 593 – § 217. B
- art. 598 – § 116. A
- art. 601 – § 116. A
- art. 607 – § 214. A
- art. 608 – § 214. A
- art. 609 – § 214. A
- art. 610 – § 214. A
- art. 611 – § 215. A
- art. 612 – § 215. A
- art. 613 – § 215. A
- art. 615 – § 160. A
- art. 616 – §§ 122. B; 160. A
- art. 617 – § 160. A
- art. 620 – § 212. A
- art. 621 – § 212. A
- art. 622 – § 212. A
- art. 629, parágrafo único – § 248. A
- art. 675 – § 124. A
- art. 698 – § 155. A
- art. 710, III – § 155. A
- art. 711 – § 155. A
- art. 713 – § 160. A
- art. 714 – § 135. A
- art. 716 – § 124. A
- art. 718 – § 160. A
- art. 721 – § 160. A
- art. 722 – § 160. A
- art. 723 – § 160. A
- art. 729 – § 207. A
- art. 734 – § 237. A
- art. 745 – §§ 135. A; 207. A
- art. 748 – §§ 135. A; 207. A
- art. 762, § 1.º – § 154. A
- art. 776 – §§ 124. A; 196. A
- art. 779 – § 196. A
- art. 792 – § 237. A
- art. 794 – § 237. A
- art. 802 – § 229. A
- art. 814, § 2.º – § 154. A
- art. 858, parágrafo único – § 160. A
- art. 865 – § 172. B
- art. 873 – § 160. A
- art. 877 – § 172. B
- art. 916 – § 205. A
- art. 917 – § 205. A
- art. 918 – § 205. A
- art. 919 – § 205. A
- art. 920 – § 205. A
- art. 921 – § 205. A
- art. 922 – § 205. A
- art. 923 – § 205. A
- art. 924 – § 205. A
- art. 925 – § 205. A
- art. 926 – § 205. A
- art. 927 – § 205. A
- art. 950, parágrafo único – § 235. B
- art. 955 – § 203. A
- art. 957 – § 203. A
- art. 959, I – § 173. A
- art. 961 – § 173. A
- art. 966 – § 154. A

- art. 967 – § 154. A
- art. 968 – § 154. A
- art. 985 – § 154. A
- art. 985, I – § 154. B
- art. 985, II – § 154. B
- art. 985, III – § 154. B
- art. 1.015, I – § 176. A
- art. 1.056 – §§ 172. B; 174. A
- art. 1.057 – §§ 172. B; 176. A; 178. B
- art. 1.058 – § 172. B
- art. 1.058, parágrafo único – § 179. B
- art. 1.060 – §§ 176. A; 178. B
- art. 1.069 – § 229. A
- art. 1.070 – § 237. A
- art. 1.071 – § 237. A
- art. 1.079 – § 226. A
- art. 1.080 – §§ 225. B; 226. A
- art. 1.081 – §§ 225. B; 226. A
- art. 1.082 – § 226. A
- art. 1.083 – § 226. A
- art. 1.084 – § 226. A
- art. 1.085 – § 226. A
- art. 1.086 – § 226. A
- art. 1.087 – § 226. A
- art. 1.088 – § 226. A
- art. 1.089 – § 226. A
- art. 1.090 – § 226. A
- art. 1.091 – § 226. A
- art. 1.092 – §§ 172. B; 177. A; 199. A; 204. A
- art. 1.092, parágrafo único – §§ 174. A; 207. A
- art. 1.132 – § 225. B
- art. 1.166, parágrafo único – § 235. B
- art. 1.193 – § 168. B
- art. 1.197 – §§ 229. A; 237. A
- art. 1.205, § 2.° – § 204. A
- art. 1.215 – § 124. A
- art. 1.226 – §§ 124. A; 191. A
- art. 1.233 – § 233. A
- art. 1.234 – § 233. A
- art. 1.235 – § 233. A
- art. 1.237 – § 233. A
- art. 1.239 – § 237. A
- art. 1.240 – § 237. A
- art. 1.253 – § 171. B
- art. 1.266 – § 178. B
- art. 1.267 – § 181. A
- art. 1.277 – § 171. B
- art. 1.295 – § 181. A
- art. 1.298, IV – § 237. A
- art. 1.300 – § 178. B
- art. 1.305 – § 218. A
- art. 1.322 – § 237. A
- art. 1.331 – §§ 166. A; 229. A; 248. A
- art. 1.332 – §§ 166. A; 190. A
- art. 1.334 – §§ 229. A; 237. A
- art. 1.335 – § 229. A
- art. 1.336 – § 229. A
- art. 1.337 – § 229. A
- art. 1.338 – § 229. A
- art. 1.339 – §§ 229. A; 248. A
- art. 1.340 – §§ 171. B; 229. A; 248. A
- art. 1.341 – § 229. A
- art. 1.342 – § 229. A
- art. 1.343 – §§ 225. B; 229. A
- art. 1.344 – § 229. A
- art. 1.345 – § 229. A

- art. 1.380 – § 178. B
- art. 1.455 – § 175. A
- art. 1.457 – § 175. A
- art. 1.491 – § 234. A
- art. 1.492, I – § 234. A
- art. 1.492, II – § 234. A
- art. 1.492, III – § 234. A
- art. 1.495 – § 154. A
- art. 1.497 – § 154. A
- art. 1.510 – § 207. A
- art. 1.518 – § 164. A
- art. 1.519 – §§ 164. A; 172. B; 186. B; 187. A, B; 219. A
- art. 1.520 – §§ 164. A; 172. B; 186. A; 187. A, B
- art. 1.520, I – § 213. A
- art. 1.521 – §§ 164. A; 186. A
- art. 1.522 – § 164. A
- art. 1.523 – § 164. A
- art. 1.524 – § 164. A
- art. 1.525 – § 164. A
- art. 1.526 – § 164. A
- art. 1.527 – §§ 163. A; 164. A; 206. A; 219. A
- art. 1.527, I – § 162. B
- art. 1.527, II – § 162. B
- art. 1.527, III – §§ 162. B; 186. A; 206. A
- art. 1.527, IV – §§ 162. B; 186. A
- art. 1.528 – §§ 162. B; 164. A; 206. A
- art. 1.529 – §§ 162. B; 163. A; 164. A; 206. A
- art. 1.530 – § 164. A
- art. 1.531 – § 164. A
- art. 1.532 – § 164. A
- art. 1.558 – § 164. A
- art. 1.602 – § 154. A
- art. 1.735 – § 207. A
- art. 1.741 – § 205. A
- art. 1.742 – § 205. A
- art. 1.743 – § 205. A
- art. 1.743, parágrafo único – § 205. A
- art. 1.744 – § 205. A
- art. 1.744, III – § 205. A
- art. 1.745 – § 205. A
- art. 1.748 – § 168. A

4. Códigos de Processo Civil

Código de Processo Civil de 1939

- art. 302 – § 235. A, B
- art. 303 – § 207. B
- art. 704 – § 195. A

Código de Processo Civil de 1973

- art. 150 – § 195. A
- art. 287 – § 207. B
- art. 798 – § 207. B
- art. 805 – § 207. B
- art. 813 – §§ 201. A; 207. B
- art. 814 – §§ 201. A; 207. B
- art. 815 – §§ 201. A; 207. B
- art. 816 – §§ 201. A; 207. B
- art. 817 – §§ 201. A; 207. B
- art. 818 – §§ 201. A; 207. B
- art. 819 – §§ 201. A; 207. B
- art. 820 – §§ 201. A; 207. B
- art. 821 – §§ 201. A; 207. B
- art. 822 – § 207. B

- art. 823 – § 207. B
- art. 824 – § 207. B
- art. 825 – § 207. B
- art. 826 – § 207. B
- art. 827 – § 207. B
- art. 828 – § 207. B
- art. 829 – § 207. B
- art. 830 – § 207. B
- art. 831 – § 207. B
- art. 832 – § 207. B
- art. 833 – § 207. B
- art. 834 – § 207. B
- art. 835 – § 207. B
- art. 836 – § 207. B
- art. 837 – § 207. B
- art. 838 – § 207. B
- art. 839 – § 207. B
- art. 840 – § 207. B
- art. 841 – § 207. B
- art. 842 – § 207. B
- art. 843 – § 207. B
- art. 844 – § 207. B
- art. 845 – § 207. B
- art. 846 – § 207. B
- art. 847 – § 207. B
- art. 848 – § 207. B
- art. 849 – § 207. B
- art. 850 – § 207. B
- art. 851 – § 207. B
- art. 852 – § 207. B
- art. 853 – § 207. B
- art. 854 – § 207. B
- art. 861 – § 207. B
- art. 862 – § 207. B
- art. 863 – § 207. B
- art. 864 – § 207. B
- art. 865 – § 207. B
- art. 866 – § 207. B
- art. 867 – § 207. B
- art. 868 – § 207. B
- art. 869 – § 207. B
- art. 870 – § 207. B
- art. 871 – § 207. B
- art. 872 – § 207. B
- art. 873 – § 207. B
- art. 874 – § 207. B
- art. 875 – § 207. B
- art. 876 – § 207. B
- art. 877 – § 207. B
- art. 878 – § 207. B
- art. 879 – § 207. B
- art. 880 – § 207. B
- art. 881 – § 207. B
- art. 882 – § 207. B
- art. 883 – § 207. B
- art. 884 – § 207. B
- art. 885 – § 207. B
- art. 886 – § 207. B
- art. 887 – § 207. B
- art. 888 – § 207. B
- art. 889 – § 207. B
- art. 934 – § 201. A
- art. 935 – § 201. A
- art. 936 – § 201. A
- art. 937 – § 201. A
- art. 938 – § 201. A
- art. 939 – § 201. A
- art. 940 – § 201. A

5. Código de Defesa do Consumidor

- art. 14 – § 117. A

6. Código Penal

- art. 23, I – § 186. B
- art. 24 – § 186. B
- art. 25 – § 183. B
- art. 345 – § 191. B

7. Leis

Lei 4.375/1964 – § 161. B

Lei 4.771/1965 – § 189. A

Lei 6.015/1973 – § 123. A

Lei 6.515/1977 – § 229. A

Lei 7.565/1986 – § 121. A

Lei 8.617/1993 – 156. A

Lei 8.901/1994 – § 140. A

Lei 9.433/1997 – 156. B

Lei 9.434/1997

- art. 1.° – § 116. A
- art. 1.°, parágrafo único – § 116. A
- art. 2.° – § 116. A
- art. 2.°, parágrafo único – § 116. A
- art. 3.° – § 116. A
- art. 3.°, § 1.° – § 116. A
- art. 3.°, § 2.° – § 116. A
- art. 3.°, § 3.° – § 116. A
- art. 4.° – § 116. A
- art. 5.° – § 116. A
- art. 6.° – § 116. A
- art. 7.° – § 116. A
- art. 8.° – § 116. A
- art. 9.° – § 116. A
- art. 9.°, § 3.° – § 116. A
- art. 9.°, § 5.° – § 116. A
- art. 9.°, § 6.° – § 116. A
- art. 9.°, § 7.° – § 116. A
- art. 9.°, § 8.° – § 116. A
- art. 10 – § 116. A
- art. 10, § 1.° – § 116. A
- art. 10, § 2.° – § 116. A
- art. 11 – § 116. A
- art. 13 – § 116. A
- art. 14 – § 116. A
- art. 15 – § 116. A
- art. 16 – § 116. A
- art. 17 – § 116. A
- art. 18 – § 116. A
- art. 19 – § 116. A
- art. 20 – § 116. A
- art. 21 – § 116. A
- art. 22 – § 116. A
- art. 23 – § 116. A

Lei 9.610/1998 – § 216. A

- art. 3.° – § 216. A
- art. 7.° – § 216. A

8. Decretos-lei

Dec.-lei 25/1937 – § 158. A, B

Dec.-lei 65/1937 – § 196. A

Dec.-lei 291/1938 – § 160. A

Dec.-lei 3.866/1941 – § 158. A

Dec.-lei 6.961/1944 – § 237. A

Dec.-lei. 227/1967 – § 140. A

9. Decretos

Dec. 23.793/1934 – § 189. A

Dec. 4.857/1939 – § 123. A

Dec. 29.124/1951 – § 196. A

10. Leis Estrangeiras

França:

Código Civil francês

- art. 382 – § 248. B
- art. 1.001 – § 248. B
- art. 1.371 – § 248. B

Itália:

Código Civil italiano

- art. 1.467 – § 172. B

III

ÍNDICE CRONOLÓGICO DA JURISPRUDÊNCIA

Desembargo do Paço, 29 de maio de 1667, § 143, 3.

Assento de 18 de agôsto de 1774: § 195, 1.

Parecer do Conselho de Estado, 19 de agôsto de 1866: § 141, 4.

Supremo Tribunal Federal, 28 de janeiro de 1924: § 150, 4.

2.ª Câmara da Côrte de Apelação do Distrito Federal, 22 de abril de 1927: § 131, 4.

Juízo de Direito de São Paulo, 18 de janeiro de 1932: § 156, 7.

4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de fevereiro de 1932: § 124, 2.

– 27 de abril de 1932: § 124, 2.

Supremo Tribunal Federal, 20 de abril de 1933: § 152, 5.

5.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de outubro de 1935; § 152, 4.

4.ª Câmara da Côrte de Apelação de São Paulo, 13 de novembro de 1935: § 131, 4.

Côrte de Apelação do Distrito Federal, 26 de agôsto de 1936: § 124, 2.

Supremo Tribunal Federal, 8 de junho de 1938: § 126, 1.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de outubro de 1938: § 152, 5.

Supremo Tribunal Federal, 4 de janeiro de 1939: § 126, 1.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1.º de março de 1939: § 124, 2.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de maio de 1939: § 124, 2.

– 29 de maio de 1939: § 156, 3.

– 27 de novembro de 1939: § 124, 2.

2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de janeiro de 1940: § 152, 3.

– 16 de janeiro de 1940: § 150, 4.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de outubro de 1940: § 127, 5.

– 15 de maio de 1941: § 131, 4.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1941: § 127, 5.

3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de setembro de 1942: § 152, 5.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de outubro de 1942: § 152, 4.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 19 de outubro de 1942: § 127, 5.

Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de maio de 1943: § 152, 5.

1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 17 de junho de 1943: § 152, 5.

– 21 de setembro de 1943: § 152, 5.

1.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 17 de novembro de 1943: § 124, 2.

– 20 de dezembro de 1943: § 124, 2.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de março de 1944: § 131, 4.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de abril de 1944: § 127, 5.

3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de agôsto de 1944: § 131, 4.

Supremo Tribunal Federal, 4 de outubro de 1944: § 131, 4.

1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de dezembro de 1944: § 127, 5.

– 4 de janeiro de 1945: § 152, 5.

– 18 de janeiro de 1945: § 127, 5.

Câmaras Civis Conjuntas, 9 de fevereiro de 1945: § 131, 4.

Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de fevereiro de 1945: § 131, 4.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de fevereiro de 1945: § 131, 4.

3.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 1.º de março de 1945: § 152, 5.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1945: § 156, 3.

3.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6 de junho de 1945: § 152, 2.

4.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de agôsto de 1945: § 152, 5.

2.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de novembro de 1945: § 152, 4.

3.ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 30 de janeiro de 1946: § 152, 4.

1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 29 de abril de 1946: § 150, 4.
- 17 de maio de 1946: § 152, 5.
- 19 de agôsto de 1946: § 152, 5.
- 16 de janeiro de 1947: § 152, 5.

4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 20 de março de 1947: § 152, 5.

2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de maio de 1947: § 124, 2.

1.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 27 de maio de 1947: § 127, 5.

2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947: § 152, 4.

4.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agôsto de 1947: § 131, 4.

2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 16 de novembro de 1948: § 152, 4.

1.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 1 de dezembro de 1948: § 131, 4.

2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 19 de abril de 1949: § 127, 5.

2.ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 16 de maio de 1949: § 131, 4.

1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 13 de setembro de 1949: § 152, 5.

6.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1950: § 124, 2.

1.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de junho de 1950; § 124, 2.

1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 19 de junho de 1950: § 152, 5.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Alemanha:

Reichsgericht, 4 de novembro de 1901, § 247, 1.
- 13 de abril de 1908, § 247, 1.

Prússia:

Tribunal Superior Prussiano, 2 de maio de 1861: § 225, 11.

França:

Côrte de Ruão, 23 de janeiro de 1867: § 191, 4.

Côrte de Cassação, 1.° de maio de 1889: § 191, 4.

Côrte de Poitiers, 9 de junho de 1908: § 191, 4.

– 12 de junho de 1908: § 191, 4.

– 23 de dezembro de 1908: § 191, 4.

Côrte de Cassação Civil, 4 de janeiro de 1910: § 191, 4.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DA JURISPRUDÊNCIA NO PANORAMA ATUAL

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no REsp 174.406/SP, 3.ª T., j. 25.08.1998, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 23.11.1998, *RT* 762/210 – § 115. C

AgRg no AgIn 789.883/MG, 4.ª T., j. 15.05.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* 04.06.2007 – § 172. B

REsp 768.102/SC, 3.ª T., j. 17.04.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 30.08.2008 – § 196. C

REsp 1.071.741/SP, 2.ª T., j. 24.03.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* 16.12.2010 – § 196. C

REsp 1.051.270/RS, 4.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 05.09.2011 – § 174. C

REsp 1.248.760/MG, 3.ª T., j. 13.09.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23.09.2001 – 174. C

Outros Tribunais

TJSC, AgIn 2005.000350-6, j. 19.04.2005, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros – § 195. C

TJGO, ApCiv 15385-2/190, 1.ª Câm., j. 18.12.2007, rel. Des. João Ubaldo Ferreira, *DJGO* 11.01.2008, *RT* 871/281 – § 179. C

TJSP, AgIn 991.09.088563-6, 11.ª Câm. de Direito Privado, j. 14.05.2009, rel. Des. Moura Ribeiro, *DJ* 17.06.2009 – § 134. C

Súmulas

Supremo Tribunal Federal

Súmula 188 – § 154. C

Superior Tribunal de Justiça

Súmula 238 – § 141. C

Jornadas de Direito Civil

Superior Tribunal de Justiça

III Jornada, Enunc. 176 – § 172. B

IV Jornada, Enunc. 366 – § 172. B

Conselho da Justiça Federal

Vide: Superior Tribunal de Justiça

IV

ÍNDICE ALFABÉTICO DAS MATÉRIAS

Abandono, § 155, 3.

Abandono da posse: ato-fato jurídico, §§ 210, 1; 213.

Absolutidade: tese, § 185, 5.

Abstenção: e contrariedade a direito, § 207, 4.

Abuso do direito, §§ 185, 2; 190, 2.

Ação de abstenção, § 207, 5, veja *Abstenção*.

Ação de cessação, § 208, 2.

Ação de indenização: ação de cessação e retratação, § 208, 2.

Ação primária, § 172, 7.

Ação regressiva: e estado de necessidade, § 187, 3; em caso de indenização por ato em estado de necessidade, § 187, 3.

Aceitação: e oferta, soldagem, § 225, 1; conceito, 7; tardia, § 225, 9.

Acessoriedade, §§ 138; 142.

"*Acessório*", § 138.

Ações: quando são bens imóveis, § 133; concorrência, § 172, 3.

Ações bens imóveis, § 133.

Ações do locatário, § 133, 3.

Ações possessórias, § 133, 2.

Ações reais, § 125, 2.

Acôrdo de transmissão, § 127, 11.

Actio ad exhibendum, § 248, 1.

Actio commodati, § 170, 3.

Actio de recepto, § 248.

Actio famosa, § 178, 3.

Actio negotiorum gestorum directa, § 248.

Actio quanti minoris, § 171, 4.

Actio redhibitoria, § 171, 4.

Adimplemento ruim, § 174.

Adjacências naturais, § 124.

Adjunção, §§ 159, 3; 160, 2.

Adultério: e assentimento à ofensa, §§ 220, 2; 240, 6.

Advertências: públicas, § 237, 2.

Advertências reclamativas, § 235.

Aformoseamento: e parcialização, § 127, 3.

Águas: *uso comum*, § 155, 6; e margens, § 156.

Águas comuns, § 156, 2.

Águas particulares, § 156, 1.

Águas públicas, § 155, 5.

Águas subterrâneas, § 155, 5.

Animais: e estado de necessidade, § 186; sacrifício, § 219, 1.

Animus domini, § 217, 1, 2.

Anschaffungschuld, § 172, 9.

Anúncios: volitivos, §§ 235, 1, 236.

Anúncios comerciais, profissionais e industriais, § 225, 2.

Apartamentos, § 128, 5.

Apresentações: natureza, § 235, 9; de créditos, de objetos e de documentos, 9; revogação, § 236, 2; de documentos comunicativos, § 237, 2.

Aprovação: e desaprovação da coisa adquirida, § 233, 1.

Aprovação de contas, § 237, 2.

Aqua profluens, § 140, 3.

Árvore: à extrema do prédio, § 196, 3.

Assembléias: indicação de fins e motivos: §§ 237, 2; 238, 2.

Assentimento à infração, veja *Assentimento à ofensa*.

Assentimento à ofensa: e perdão, § 240; ou à infração, suporte fáctico, § 242; firmeza, § 247; e revogação, § 247; têrmo e condição, 2.

Asserções de assistência, § 237, 2.

Asserções de capacidade, § 237, 2.

Assidua permutatio, § 122, 3.

Assinação, § 120, 2; e avisos, § 235, 11; comunicações, § 237, 2.

Atestados, § 235, 13; e certificados, § 237, 2.

Ato-fato jurídico: pertinencialidade, § 144, 1; e reparação, § 187.

Ato-humano: objeto de direito, § 114, 1; e ato jurídico, § 227.

Ato jurídico "stricto sensu": coisificação da parte do corpo humano, § 116; e dever de comunicar, § 225, 7.

Atos-fatos jurídicos: conceito, § 209; classe, 1; ato humano e ato-fato, 2; em estado de necessidade, § 221.

Atos ilícitos caducificantes, § 164, 3; caducidade, espécie de preclusão, § 167; conceito de caducidade, § 168; direito de resolução e caducidade, 2.

Atos ilícitos "lato sensu": conceito, § 164; e atos ilícitos "stricto sensu", 2; e atos ilícitos caducificantes, 3; e atos ilícitos relativos, 4; pressupostos, § 165, 1; ato e omissão, 2; proteção pelo direito e contrariedade a direito, 3; a chamada "culpa in contrahendo", 4.

Atos ilícitos relativos, § 164, 4; conceito, § 169; pluralidade de regras jurídicas, § 17; cumulação e escolha, 3; análise, § 171; impossibilidade superveniente, culposa, da prestação, § 172; inadimplemento simples ou violação negativa da pretensão, § 173; violação positiva ou adimplemento ruim, § 174; conceito de culpa, § 175; espécies de culpa, § 176; dolo, 177; graus de negligência, § 178; caso fortuito e fôrça maior, § 179; imputabilidade, § 180; culpa "in abstracto" e culpa "in concreto", § 181.

Atos ilícitos "stricto sensu": e "lato sensu", § 164, 2; conceito e elementos do suporte fáctico, § 166; ilícito absoluto e ilícito relativo, 2; espécies fronteiriças, 3; ato humano, § 227; conceito e lugar na classificação dos fatos jurídicos, § 228; classificação dêles, § 229; espécies, § 230-235; e negócios jurídicos, § 227, 2; reclamatívas, § 230; mandamentais, conteúdo, § 234, 1; espécies, 2.

Ausência, § 161, 5.

Ausentes: oferta, § 225, 5.

Automáticos, § 223, 1.

Automobilismo, § 178, 7.

Auto-tutela, veja *Justiça de mão própria*.

Aviso: de alienação da coisa, § 237, 2; de cessão de crédito, 2.

Avisos: § 235, 13; volitivos, 11; e revogação, § 236, 6; espécies, § 237, 2.

Avulsão, § 227, 1.

Baías, § 155, 5.

Balanço, § 233, 1.

Bancos de jardins, § 155, 1.

Barril: e tonel, § 138, 2.

Benfeitorias: produtos e frutos, § 139.

Bens: como elementos objetivos do suporte fáctico, §§ 113-119; e coisa, § 113, 1; conceito, § 118; a iniciativa como bem, 2; valor, § 119; espécies, § 120; nomes, § 123; imóveis, § 124; imóveis por lei, 3; móveis, § 125; por lei, 2; materiais de construção, 3; partes integrantes, §§ 127-131; singulares e coletivos, § 135; públicos e privados, § 150; de uso comum do povo, 3; do art. 66, II, 4; do art. 66, III, 5; "stricto sensu", 6; de todos, § 151; inalienabilidade dos bens públicos, § 152.

Bens de todos, § 151.

Bens de uso comum do povo, § 150.

Bens de valor histórico e artístico, § 158; gravação de bens tombados, 2; privilégio especial, 3; direito de vizinhança, 4; infrações, 5; entidades estatais, 6.

Bens imóveis, § 124.

Bens legalmente inalienáveis, § 151.

Bens móveis, § 125.

Bens móveis por antecipação, § 127.

Bens móveis por lei, § 125, 2.

Bens privados, § 150.

Bens públicos, § 150; e bens de todos, § 151; inalienabilidade, § 152; dever de cuidar, § 155, 2; e vias públicas por atos particulares, 2; alteração, substituição e supressão, 4; destinação, §§ 155-156; uso, § 155; águas públicas, 5.

Beschaffungsschuld, § 172, 9.

Bilhete de entrada, § 119, 2.

Bona fides, § 167, 1.

Bona fidei negotia, § 178, 3.

Brevi manu traditio, § 137, 1.

Cadáver, § 116.

Caducidade, § 164, 3; e ilicitude, § 204, 2.

Caducidade sem culpa: conceito, § 220; atos-fatos em estado de necessidade, § 221.

Caixas postais, § 223, 2.

Calçadas, § 155, 4.

Caminhos abertos ao público, § 155.

Canones emphyteutici, § 140, 10.

Canteiro: e estufa, § 127, 5.

Capacidade, § 161, 3.

Capacidade de direito: e ocupação, § 217, 3.

Cartas: chegada, § 223, 2; troca, § 225, 6.

Cartazes, § 237, 2.

Casamento nulo: convivência conjugal, § 235, 6.

Caso *fortuito*: e fôrça maior, § 179.

Casum sentit dominus, § 218, 1.

Cegueira, § 161, 4.

Cemitérios, § 155, 1.

Certidões, § 235, 13.

Certificados: e atestados, § 237, 2.

Cessão de dívida: comunicação, § 237, 2.

Chegada: da manifestação de vontade, § 222, 2; conceito, § 223, 2; tempo para elas, 3; entre presentes, 4; eficácia, 7; e expedição, § 225, 5.

Circulares comerciais, profissionais e *industriais*, § 225, 2.

Classificação dos atos jurídicos "stricto sensu", § 229.

Classificação dos direitos por seu objeto, § 117, 3.

Cláusula "rebus sic stantibus", § 225, 2.

Coalitio, § 131, 1.

Coisa: conceito, § 115, veja *Bens*; simples e composta, 2.

Coisa-filha, § 140, 8.

Coisa futura, § 127, 4.

Coisas: espécies, § 120; nomes, § 123; par, § 127, 6.

Coisas consumíveis: e inconsumíveis, § 121.

Coisas corpóreas: e incorpóreas, § 117, 5.

Coisas divisíveis: e indivisíveis, § 126.

Coisas em par, § 127, 6.

Coisas fora do comércio, §§ 136; 157; conceito romano, 1; espécies, 2; fontes de extra-comercialidade, 3.

Coisas fungíveis: e não-fungíveis, 120.

Coisas imóveis, § 124.

Coisas presentes: e coisas futuras, § 137.

Coisas principais: e secundária, § 142.

Coisas simples: e partes integrantes, § 127, 6; e coisas compostas, § 134.

Coisas singulares: e coletivas, § 135.

Coleções, § 119, 1.

Cominações, § 233, 4; étimo e conceito, 4; discussão a respeito delas, § 235, 8; revogação, § 236.

Compáscuo-composse, § 143, 3.

Compáscuo-condomínio, § 140, 3.

Compáscuo-servidão, § 143, 3.

Compensação: alegação, § 223, 1.

Comunhão "pro diviso", § 128, 5.

Comunhão "pro indiviso", § 248.

Comunicações declaradas, §§ 236, 2; 237, 2.

Comunicações de conhecimento: eficácia, § 233, 7; puras e impuras, 8; receptícia, 9; espécies, § 237, 2; elementos do suporte fáctico, § 237, 3; análise, § 237; revogabilidade, § 238; e reconhecimento, § 239.

Comunicações de vontade, § 229, 2; conteúdo, § 231, 1; eficácia, 2; revogação, § 236.

Comunicações rescindibilizantes, § 237, 2.

Concepção, § 161, 1; fato jurídico "stricto sensu", § 159, 3 (tabela).

Concepti, § 160, 2.

Consciência: da contrariedade a direito e dolo, § 177, 4.

Conclusão: do contrato, § 225, 8.

Concorrência de direitos, § 172, 3.

Concorrência polarizada de interêsses, § 172, 5.

Concurso de credores: natureza das apresentações de crédito, § 235.

Condição: no perdão, § 246.

Condictio: e conceito de responsabilidade, §§ 187, 4; 203, 4.

Condictio causa data causa non secuta, § 248.

Condictio ex iniusta causa, § 248.

Condictio liberationis, § 248, 1.

Condictio ob causam datorum, § 248.

Condictio ob turpem causa, § 248.

Condictio propter paenitentiam, § 248, 1.

Condictio rei, § 248.

Condictio sine causa, § 248.

Confirmação, § 237, 2.

Confissão extrajudicial de entradas, § 233, 1.

Confissões judiciais: e extrajudiciais, § 233, 1.

Confusão, § 160, 2.

Consentimento da vítima: pré-exclusão da contrariedade a direito, § 202, 1; veja *Assentimento à ofensa*.

Consentimento do ofendido, veja *Assentimento à ofensa* e *Consentimento da vítima*.

Conservação de bens de uso público, § 155, 4.

Constituição de domicílio, § 229, 2.

Constrição: meios e justiça de mão própria, § 195.

Construção: e parcialização, § 128.

Consumibilidade, § 121; de dinheiro, § 122.

Conteúdo: e eficácia, § 227, 2.

Conteúdo do direito, § 185, 4.

Contrariedade a direito, veja *Fato ilícito* e *Atos ilícitos*; e pluralidade de regras jurídicas, § 171; e dolo, § 177, 2; elementos de suportes fácticos, § 182; objetiva, § 203; e medidas preventivas, §§ 203-208; ofensa ao direito de propriedade, § 203, 2; indenização por turbação ou esbulho da posse, 3; "condictio", 4; conseqüências não-reparativas, § 204; subjetiva, § 205; transubjetiva, § 206; prevenibilidade, § 207, 1; pretensão à caução e pretensão negatória, 208.

Contrariedade subjetiva a direito, §§ 203; 205.

Contrariedade transubjetiva a direito, § 206.

Contratos com pessoa a melhor oferta, § 225, 10.

Convite a oferta: e oferta, § 225, 2; "invitatio ad offerendum", 2.

Convites: e provocações, § 235, 10.

Convivência conjugal: em casamento nulo, § 235, 6.

Convocações, § 237, 2; revogabilidade, § 238, 2.

Corpo humano: e direito, § 116.

Corpus ex distantibus, § 140, 1.

Correios, § 225, 1.

Creditor, § 114, 1.

Criação intelectual: ato-fato jurídico, §§ 210, 2; 216.

Cuidado: medida, espécies, § 178, 2; e responsabilidade, § 218, 2.

Cuius est periculum eius commodum esse debet, § 223, 7.

Culpa: conceito, § 17; étimo, 1; e causa, 2; e liberdade, 3; espécies, § 176; e dolo, § 177; atividade profissional, § 178, 4.

Culpa in abstracto, § 178, 3.

Culpa in concreto, § 178, 3.

Culpa in contrahendo, § 225, 8.

Culpa in faciendo: e "in non faciendo", § 178, 2.

Damnum emergens, § 172, 7.

Dano: sem culpa, § 218.

Datação, §§ 237, 2; 238, 2; em direito comum e em direito cambiário, § 233, 1.

Debitor, § 114, 1.

Declaração de existência (pericial), § 237, 2.

Declarações de vontade: que são atos jurídicos "stricto sensu", § 235, 12.

Depositum irregulare, § 120, 2.

Descobrimento de tesouro: ato-fato jurídico, §§ 210, 1; 214.

Desessencialização, veja *Partes integrantes*.

Desforçamento, § 196, 2.

Desimobilização, § 131, 2.

Desintegração: e mobilização, § 131.

Desmembramento: e demolição, § 127, 5.

Despachos telegráficos: e contratos, § 225, 11.

Destruição de coisa, § 219, 1.

Dever de comunicar a revogação, § 238, 1.

Dever de receber manifestação de vontade, § 224.

Dever de remoção, § 156, 4.

Dever de reparação do dano, § 187.

Dever de segurança: § 207, 7; e dever de separação, 3.

Dever de separação, § 207, 3.

Deveres: concorrência, § 172, 3.

Dies interpellat pro homine, § 230.

Difficultas praestandi, § 172.

Diligência, § 178; subjetivamente a mais e objetivamente a mais, § 178, 4: agravação negocial, 5.

Diligens pater familias, § 178, 2.

Diligentia quam suis, § 178, 2, 3.

Dinheiro, § 122; e frutos, § 140, 6.

Direito: ignorância dêle e negligência, § 178, 9.

Direitos-frutos, § 140, 6; e frutos de direitos, 140, 11.

Direito à sucessão aberta, § 131, 4.

Direito de personalidade: e corpo humano, § 116, 1.

Direito de propriedade: ofensa, § 203, 2.

Direito de resolução: e caducidade, § 168, 2.

Direito penal: e ilicitude, § 186.

Direito real: seu objeto passivo, § 113, 1.

Direito real de aquisição, § 158, 1.

Direito subjetivo: à justiça de mão própria, § 197.

Direitos: sem objeto, § 113, 2; objeto de direito, § 115, 3; classificação por seu objeto, § 117, 3; concorrência, § 172, 3.

Direitos absolutos: ofensa, § 163; e estado de necessidade, § 186, 6.

Direitos de crédito: e direitos reais, § 114, 1; na classificação por direitos, § 117, 3.

Direitos de família, § 117, 3.

Direitos de vizinhança, § 190.

Direitos hereditários, § 117, 3.

Direitos patrimoniais, § 117, 3.

Direitos reais: conceito, § 113, 2; e direitos de crédito, § 114, 1; quando são partes integrantes, § 127, 11; bens imóveis, § 132.

Direitos reais à aquisição, § 117, 3.

Direitos reais de senhorio: e direitos reais à aquisição, § 117, 3.

Direitos sôbre a pessoa, § 117, 3.

Direitos sôbre a pessoa de outrem, § 117, 3.

Direitos sôbre bens imateriais, § 117, 3.

Divisibilidade: e indivisibilidade, § 126, 1.

Doação modal, § 230, 1.

Dolo: e reparação, § 174, 4; conceito, § 177; previsão e vontade, 2; "dolus directus" e "dolus eventualis", 2.

Dolus directus, § 177, 2.

Dolus eventualis, § 177, 2.

Dolus generalis, § 176, 1.

Dolus malus, § 176, 1.

Dominus membrorum suorum nemo videtur, § 116, 4.

Duração da vida, § 161, 3.

Edifício: e terreno, § 124, 2.

Edifício de apartamentos, § 128, 5.

Efeitos fácticos: e efeitos jurídicos, § 235, 2.

Eficácia: das manifestações receptícias de vontade, § 223, 7; e conteúdo, § 227, 2.

Eficácia sentencial: e eficácia do ato de justiça de mão própria, § 199.

Emissão: de dinheiro, § 122.

Energia elétrica: e direito, § 153.

Enriquecimento injustificado: e contrariedade a direito, § 203, 4; e quase-contrato, § 248.

Entrega de coisa, §§ 210, 1; 212.

Enunciado de fato: e mundo jurídico, § 233; anterior à promessa, 7.

Equitação, § 178, 7.

Êrro: na justiça de mão própria, § 200.

Esbulho: e turbação, indenização, § 203, 3.

Esbulho da posse: responsabilidade, § 203, 3.

Escolas, § 155, 1.

Escultura, § 138, 1.

Esfera jurídica alheia: intromissões permitidas, §§ 188-190.

Espaço aéreo, § 190, 2.

Especificação: ato-fato jurídico, §§ 210, 2; 215.

Esqueleto, § 116, 4.

Essencialização: veja *Partes integrantes*.

Estado de bens, § 235, 13.

Estado de necessidade: e impossibilidade superveniente da prestação, § 172, 4; pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182, 2; conceituação e problema técnico, § 186, 1; ato, 2; periculosidade, 3 e 4; e legítima defesa, 1 e 5; ato em estado de necessidade, 2; indenização sem ilicitude do ato, 4 e 9 e § 187; legítima defesa contra o ato em estado de necessidade, § 186, 8; e reparação, § 187; ação regressiva, 3; putativo, 5; e ato-fato, § 219, 1; e reparação, § 235, 6.

Estado de necessidade putativo, § 186, 5.

Estradas, §§ 151, 1; 155, 1.

Estradas de ferro: responsabilidade, § 206, 2.

Exacta diligentia, § 178, 2.

Exceção "non adimpleti contractus", § 172, 7.

Exceções: concorrência, § 172, 3.

Exceptio doli, § 240, 6.

Excesso: na justiça de mão própria, § 199.

Exercício irregular dos direitos, § 190, 2.

Exercício regular de direito: pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182, 2; conceituação, § 185, 1; conceituação e problema, 1.

Exorbitância da prestação, § 172, 6.

Expedição: e chegada da manifestação de vontade, § 225, 5.

Exteriorizações de representação, § 229, 2.

Exteriorizações de sentimento, §§ 229, 2; 233.

Factum apprehensionis, § 217, 3.

Facultas exhibendi, § 248, 1.

Falência: natureza das apresentações de créditos, § 235, 9.

Falsas partes integrantes, § 129.

Fato concludente, § 222, 2.

Fato ilícito, § 169.

Fatos jurídicos: conceito, § 159; tabela exemplificativa, 3; "stricto sensu", § 160.

Fatos jurídicos ilícitos, § 162; ato-fato jurídico ilícito, 2; espécies, § 163.

Fatos jurídicos. "stricto sensu", § 160; efeitos, 2; vida humana, § 161.

Fetus in fructu, § 140, 1.

Ficção, § 154, 4.

Fideicomisso, § 117, 3.

Fixações temporais: e locais, §§ 237, 2; 238, 2.

Flôres: e parque, § 140, 5.

Fôrça e luz, § 153.

Fôrça maior: e caso fortuito, § 179.

Forma escrita: e telegrama, § 225.

Fortificações, § 155, 1.

Fructus, § 140, 1.

Fructus cohaerentes, § 140, 1.

Fructus consumpti, § 140, 1.

Fructus pendens, § 140, 1.

Fructus percipiendi, § 140, 1.

Fructus separandi, § 140, 1.

Fructus separatus, § 140, 1.

Fructus stantes, § 140, 1.

Fruges, § 140, 1.

Frumentum, § 140, 1.

Frutos: produtos e benfeitorias, § 139; pertenças, 2; conceito, § 140, 1; classificação, 2; partes do solo, 3; "partus ancillae", 4; vegetais, 5; frutos civis, 6; valor, 7; dimensão do tempo, 8; diminuições do bem, 9; separação dos frutos, 10; fruto de direito, 11; lucro e frutos, 12.

Frutos de ocupação, § 140, 1.

Frutos de percepção, § 140, 1.

Frutos pendentes, § 129, 1.

Fungibilidade, § 120.

Genus, § 172, 8.

Genus perire non censetur, § 172, 8.

Genus perit ei cui debetur, § 172, 8.

Geração do homem, § 160, 2.

Gestão de negócios alheios, §§ 229, 2; 248.

Golfos, § 155, 5.

Homem normal: diligência, § 178, 2.

Hospitais públicos, § 155, 1.

Ignorantia iuris, § 178, 9.

Ilícito relativo, § 185, 3.

Ilicitude: e reparação, § 164, 1.

Iminência do perigo, § 186, 7; veja *Perigo*; estado de necessidade, 7.

Impenhorabilidade: de partes do corpo, § 116, 3.

Impossibilidade físico-química, § 172, 6.

Impossibilidade objetiva originária, § 178, 8.

Impossibilidade parcial, § 172, 2.

Impossibilidade superveniente: da prestação, § 172.

Impossibilidades objetivas externas, § 172, 10.

Inadimplemento: conceito, § 173, 1.

Inadimplemento simples: ou violação negativa da pretensão, § 173.

Inalienabilidade: absoluta, § 152, 3; dos bens públicos, § 152.

Incapacidade, § 161, 3.

Incapacidade absoluta: e atos-fatos jurídicos, § 186, 9.

Incapaz: e atos-fatos jurídicos, § 211, 2; § 212, 2; § 213, 3; § 214, 2; § 215, 2; § 216, 2; § 217, 4.

Incapazes absolutamente: e estado de necessidade, reparação, § 187.

Incorporação: permanente ao solo, § 127, 5.

Indenização: em estado de necessidade, § 186, 4, 9; sem ilicitude do ato danificante, 4.

Indenização sem culpa, § 218.

Indicação de fins, § 237, 2.

Indicação de motivos, § 237, 2.

Indústria perigosa, § 206, 2.

Inexão, § 225, 1.

Inexidade, § 225, 1.

Informações, § 235, 13; espécies, § 237, 2.

Informes circunstanciais, veja *Informações*.

Informes demográficos: policiais e sanitários, § 117, 3.

Integração: transitoriedade, § 131.

Interditabilidade, § 180, 1.

Interdito "Quod vi aut clam", § 196.

"*Interêsse próprio, risco próprio*", § 218, 2.

Interpelação, § 235, 2; do art. 960, parágrafo único, do Código Civil, 3; do art. 1.166 do Código Civil, 3; irrevogabilidade, § 236.

Intromissão estatal: ou não estatal na esfera jurídica alheia, §§ 188-190; limites dos direitos, § 188, 1; intervenção sem violação, 2; permitida por direito público, § 189; em virtude de direito privado, § 190.

Intromissão na esfera jurídica alheia: e pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182, 2.

Inventário, § 235, 13.

Inviolabilidade do domicílio, § 186.

Invitatio ad offerendum, §§ 225, 2; e venda ao público, 10; 235.

Irrevogabilidade: veja *Revogabilidade* e *Chegada*; do perdão, § 244.

Ius fruendi, § 140, 1.

Ius paenitendi, § 248, 1.

Iudicium singulare, § 154, 1.

Ius tollendi, § 127, 8.

Jazida, § 139, 2.

Justiça de mão própria, § 218, 2; pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182, 2; conceito, no passado e no presente, § 191, 1; princípio do monopólio estatal da Justiça, 2; história, 3; direito contemporâneo, 4; inelidibilidade, § 192; se pode vir a desaparecer, 1; fatôres psíquicos individuais, 2; semelhança ou outras categorias, § 193; e legítima defesa, 1; e estado de necessidade, 2; se há direito subjetivo à auto-tutela, § 197; significação jurídica da justiça de mão própria, 2; reparação do dano, § 198; eficácia do ato, § 199; excesso, 2; despesas de justiçamento, 3; medida cautelar e medida executiva, 4; pressupostos, § 194; regra jurídica, 1; análise, 2; legitimação passiva, 3; excepcionalidade, 4; meios de constrição, § 195; venda, 2; casos verdadeiros e casos falsos; § 196; penhor legal, 4; interdito "quod vi aut clam", 5; conseqüências do êrro no justiçar, § 200; direito penal, 2; conclusões, § 201.

Justiça privada, veja *Justiça de mão própria*.

Legítima defesa: pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182, 2; e estado de necessidade, § 186, 1 e 5; con-

tra ato em estado de necessidade, § 8; sujeito passivo quanto à reparação, 9.

Leilão, § 225, 11.

Leitura do testamento, § 237, 2.

Letreiros: de perigo § 237, 2.

Liberdade: e direito privado, § 114.

Limitação da propriedade: e estado de necessidade, § 186, 6.

Loucura, § 161, 4.

Lucrum ex persona, § 140, 3.

Lucrum ex re, § 140, 3.

Luxúria, § 177, 2.

Malitia supplet aetatem, § 237, 2.

Manifestação de vontade: por telégrafo, telefone ou microfonia, § 225, 11.

Manifestação tácita de vontade, § 222, 2.

Manifestações de sentimento, § 233.

Manifestações de vontade: diretamente conhecidas e indiretamente conhecidas, § 227, 2.

Manifestações de vontade em acôrdo, § 225.

Manifestações de vontade mandamentais, § 229, 2.

Manifestações de vontade receptícias, §§ 222, 3; 223.

Manifestações de vontade não bastantes em si, §§ 229, 2; 233.

Manifestações futuras de vontade, § 230, 2.

Manifestações hipotéticas de vontade, § 230, 2.

Máquinas, § 127, 5.

Marca de indústria e de comércio, § 123, 1.

Marcos de caminho, § 237, 2.

Mares territoriais, § 155, 5.

Margens: e águas, § 156; medidas administrativas, 4; responsabilidade da entidade de direito público, 7.

Mata defesa, § 127, 3.

Matéria-prima, § 138.

Medidas preventivas, §§ 207; 208.

Mercadoria: conceito, § 115, 1.

Microfone: veja *Telefone*; § 225, 11.

Minas: antecedentes legislativos, § 141, 1; conceituação, 2; subsolo e minas, 3; regalia, 4; princípio da livre pesquisa, 5.

Missio in possessionem, § 161, 1.

Mistura, § 160, 2.

Mobilização, § 131.

Monopólio estatal da justiça, § 197.

Mora: e interpelação, § 235, 2.

Morte, § 161, 7.

Morto: não tem direitos, § 116, 4.

Mortuus homo, § 116, 4.

Mudez, § 161, 4.

Não-sério, § 174, 4.

Nascimento, § 161, 1.

Nascituro, § 161, 1.

Navegabilidade: e flutuabilidade, § 155, 5.

Navios: nomes, § 123, 2.

Necessidade: estado, § 186.

Neglegentia, § 178.

Negligência: conceito e graus, § 178; missão negligente, 6; critério objetivo e abstrato na apreciação, 7.

Negócio jurídico: elemento essencial, § 225, 1.

Negócio jurídico bilateral, § 225; acôrdo, 1.

Negócio jurídico declarativo, § 239, 2, 3.

Negócio jurídico de dilatação, § 236.

Negócio jurídico de reconhecimento, § 239, 2, 3.

Negócios jurídicos de determinação de prazo, § 235, 2.

Negotiorum gestio, § 195, 2.

* Nemo damnum facit, nisi qui suo iure utitur, § 225, 7.

* Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet, § 225, 7.

* Nemo iniuria facit qui iure suo utitur, § 185, 2.

Nexão, § 225, 1.

Nomes: de coisas, direitos oriundos, § 123, 4; de pessoas e nomes de coisas, § 123.

Notificação, § 237, 2.

Nul ne peut se faire justice à soi-même, § 191, 4.

Nulidade: impossibilidade subjetiva originária, § 178, 8.

* Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur, § 225, 7.

Nunciatura: representação, § 223.

Objeto de direito: veja *Bens*; "in abstracto", § 114, 2; e interêsse, 4; conceito, § 117; coloração como tal, 4.

Oblatio, § 225, 1.

Obras: natureza da oposição a elas, § 235, 14.

Obras aderidas, § 139, 3.

Obrigação de adquirir certa coisa para o credor, § 172, 9.

Obrigação de não fazer: violação positiva e negativa, § 174, 3.

Obrigações: concorrência, § 172, 3.

Obrigações de meios para aquisição (Anschaffungsschulden), § 172.

Obrigações específicas, § 172, 9.

Obrigações genéricas, § 172, 8.

Ocupação: ato-fato jurídico, § 210, 2; § 217; pressupostos, 3.

Oferta: e aceitação, soldagem, § 225, 1; e convite a ofertar, 2.

Oferta ao público, § 225, 3.

Oferta de aquisição ao Estado, § 225, 10.

Oferta entre presentes, § 225, 4.

Omissão negligente, § 178, 6.

Ônus da prova: quanto a margens de rios, § 156, 6.

Operação sub-rogatória, § 154, 4.

Oposições: atos jurídicos "stricto sensu", § 235, 14.

Organização aquisitiva, § 154, 3.

Ôvo, § 140, 5.

Parapertinencialidade: conceito, § 149.

Parcialização, § 128, 2, 3.

Parentesco, § 161, 6.

Parte do corpo, § 116, 2; artificial, 3.

Partes artificiais do corpo, § 116, 3.

Partes integrantes, § 124, 2; conceito, § 127, 1; e coisa, 2; todo e conceito de todo, 3; produtos do prédio, 4; incorporação permanente ao solo, 5; coisas em par, 6; e coisa ímpar, 7; essencial, 8; plantações e sementeiras, 9; não essenciais, 10; direitos reais, 11 e § 130; essenciais do imóvel, § 128; operação de parcialização, 2, 3; falsas partes integrantes, § 129; princípio da oposição, 3; desintegração e mobilização, § 131.

Partes integrantes não-essenciais, § 127, 10.

Partes reais, § 124, 2.

Participação: comunicação de conhecimento, § 237, 2.

Pecunia numerata, § 122, 3.

Pedidos-exigências, § 234, 13; e revogação, § 236, 2.

Penhor legal, § 196, 4.

Percepção de frutos, § 160, 2.

Perceptio, § 140, 10.

Perdão: e assentimento à ofensa, § 240; teoria sôbre o perdão, 2-5; suporte fáctico (análise), § 241; seriedade, 2; forma e prova, 3; eficácia, § 243; se é revogável, § 244; se pode ser nulo ou anulável, § 245; e reserva mental, 2; condição e têrmo, § 246.

Perdoar: étimo, § 240, 4; § 241, 1.

Periculosidade: estado de necessidade, § 186, 2, 3.

Perigo: iminência, em caso de estado de necessidade, § 186, 7.

Perigo presente: estado de necessidade, § 186, 2.

Peripatéticos: e platônicos, § 117.

Permissão de sublocar, § 229, 2.

Perpetuus usus, § 144, 1.

Pertença: conceito, § 143, 1; distinções, 2.

Pertenças: e direito real, § 132, 2; e frutos, § 139, 2; conceito, § 143, 1; distinções necessárias, 2; direito anterior ao Código Civil, 3; fonte da pertinencialidade, § 144; direito suíço, 2; e poder de disposição, 3; relação de pertinencialidade, § 145; pressupostos da pertinencialidade, 2; fim da utilização, 3; relação espacial, 4; uso do tráfico, 5; ônus da prova, § 146; efeitos jurídicos da pertinencialidade, § 147; extinção da pertinencialidade, § 148: direito luso-brasileiro, 2; conceito de parapertinencialidade, § 149.

Pertinencialidade: fonte, § 144; relação, § 145; pressupostos, 2; fim da utilização, 3; relação espacial, 4; uso do tráfico, 5; ônus da prova, § 146;

efeitos jurídicos, § 147, 1; extinção, § 148.

Pertinencialização: e destinação de prédio, § 235, 5.

Pesquisas: no cadáver, § 116, 4.

Pilhéria: § 174, 4.

Pintura, § 138, 1.

Placas, § 237, 2.

Plantações, § 127, 9.

Platônicos: e peripatéticos, § 117, 2.

Pluralidade de regras jurídicas: questões, §§ 170, 171.

Pluralidade de sentidos: no ato de reconhecimento, § 239, 2.

Poder de disposição: e pertinencialidade, § 144, 2.

Pontes, § 155, 1.

Populus Romanus, § 156, 1.

Posse: e coisa futura, § 137.

Posse própria, § 217, 1, 2.

Praças, § 151, 1; § 155, 1.

Preclusão, § 164, 3; e prescrição, § 220, 1.

Prédios, § 124.

Pré-exclusão da contrariedade a direito, § 182; e consentimento da vítima, § 202.

Prêmios: de loteria, § 140.

Prescrição: e preclusão, § 220, 1.

Presentes e ausentes: oferta, § 225.

Prestação contínua, §. 207, 4.

Presunção, § 146, 2.

Presunção de morte, § 161, 7.

Pretensão à abstenção: e contrariedade a direito, § 206, 1.

Pretensão à segurança: e pretensão negatória, § 207, 4.

Pretensão primária: e pretensão secundária, § 172, 7.

Pretensões: concorrências, § 172, 3.

Pretensões reais, § 203.

Pretium, in universalibus, succedit in locum rei, et res in locum pretii, § 154, 1.

Prevenção: medidas, § 207; técnica legislativa e técnica judiciária, 2.

Previsão: e tutela jurídica, § 207, 1.

Principalidade, § 142.

Princípio da absolutidade dos direitos e deveres, § 190, 2.

Princípio da causação, § 205, 1, 2; § 206, 1.

Princípio da com-sorte das partes integrantes, § 127, 10.

Princípio da consciência da manifestação, § 219, 5.

Princípio da desproporcionalidade, § 186, 2.

Princípio da equivalência do exorbitante e da fôrça maior, § 172.

Princípio da interadaptação dos direitos e deveres, § 190, 2.

Princípio da limitação da defesa, § 184.

Princípio da oposição entre o exercício do direito e a parcialização, § 129, 3.

Princípio da prioridade, § 225, 2.

Princípio da prioridade em tempo, § 185, 1.

Princípio da proporcionalidade, § 184.

Princípio da relatividade dos direitos, § 190, 2.

Princípio da responsabilidade pela culpa, § 178, § 178, 3; § 205, 1.

Princípio da responsabilidade pela declaração ou manifestação da vontade não-séria, § 218, 2.

Princípio da responsabilidade pela palavra que não corresponde à verdade, § 218, 2; § 219, 4.

Princípio da responsabilidade pelo caso fortuito ou pela fôrça-maior, § 218, 2; § 219, 6.

Princípio da responsabilidade pelo exercício da tutela jurídica, § 218, 2; § 219, 3.

Princípio da segurança contra o ilícito, § 207, 4.

Princípio da suficiência de qualquer culpa, § 178, 10.

Princípio da tutela do direito objetivo, § 191, 3.

Princípio de monopólio estatal da justiça, § 191, 2.

Princípio do interêsse mais relevante, § 218, 2.

Princípio do perigo correlativo ao interêsse, § 218, 2; § 219, 2.

Princípio primitivo da responsabilidade pelo dolo, § 178, 3.

Princípio (romano) *do mesmo lugar e tempo*, § 225, 1, 7.

Prior tempore, potior iure, § 185, 1.

Prisão em flagrante por qualquer do povo, § 196, 1.

Privilegia muliebris, § 161, 2.

Procuração, veja *Apresentação*; revogação, § 223, 1.

Produtos: frutos e benfeitorias, § 139.

Profissão: e culpa, § 178, 4.

Promissio acceptata, § 225, 1.

Proporção: determinação objetiva, § 184, 2; veja *Princípio da proporção*.

Proporção ao perigo: e limitação da defesa, § 184; determinação objetiva, 2.

Propriedade: limitação pela regra jurídica sôbre estado de necessidade, § 186, 6.

Prospectos: industriais, profissionais e comerciais, § 225, 2.

Provocações: e convites, § 235, 10; revogação, § 236, 2.

Provocatio ad agendum, § 235, 8.

Público: oferta a êle, § 225, 3.

Putatividade: do estado de necessidade, § 187, 5.

Quase-contratos, § 248; conceito superado, § 248.

Quasi negotia, § 178, 3.

Quebra de promessa: e adimplemento ruim, § 174.

* Qui iure suo utitur neminem laedit, § 185, 2.

Quitação, § 233, 1.

* Qui tacet consentire videtur, § 222, 2.

Qui tacet quum loqui poterit et deberit consentire videtur, § 222, 2.

Realização do conteúdo do direito, § 185, 4.

Recepção: de manifestação de vontade, § 222, 3; § 223.

Recepticiedade: da aceitação, § 226, 1; de comunicações de conhecimento, § 233, 2.

Receptum nautarum, § 248.

Recibo, § 233, 1.

Reclamações, § 230; atos jurídicos "stricto sensu", § 235, 16; e revogação, § 236, 2.

Reconhecimento: espécies, § 237, 2; espécies dêle, § 239.

Reconhecimento da legitimidade, § 237, 2.

Reconhecimento da paternidade: e da maternidade, § 233, 1; § 237, 2.

Reconhecimento negocial, § 239, 2.

Reconhecimento puro, § 239, 2.

Recusas: atos jurídicos "stricto sensu", § 235, 15; e revogação, § 236, 2.

Refôrço: e substituição da garantia, § 235, 8.

Registo civil, § 237, 2.

Regras jurídicas: pluralidade, §§ 170; 171; comuns aos atos jurídicos "stricto sensu" e aos negócios jurídicos, § 235, 7.

Reivindicatio, § 170, 3; e "condictio rei", § 248.

Relação de bens, § 233, 1.

Relação de herdeiros, § 233, 1.

Relação de secundariedade, § 138.

Relação (fáctica) do homem com a coisa, § 115.

Relação jurídica: conceito, § 113, 2; interpersonalidade, § 114, 1.

Relógios públicos, § 155, 1.

Remissão de dívidas, § 235, 4.

Remoção; dever, § 156, 4.

Renúncia da propriedade, § 155, 3.

Reparação: e ilicitude, § 164, 1; sem culpa, § 218.

Reparação do dano: em caso de estado de necessidade, § 186, 4, 9; § 187.

Representação: e nunciatura, § 223.

Res annexa, § 143.

Res communes omnium, veja *Bens de todos*.

Res communes omnium, § 156, 1; § 157, 2, 3.

Res corporales, § 117, 5.

Res derelicta, § 136, 1.

Res extra commercium, § 116, 4.

Res incorporales, § 117, 5.

Res nullius, § 114, 4; § 117, 2; § 140, 1; § 150, 1; § 156, 2.

Res publicae, § 156, 1.

Res quae in abusu consistunt, § 120.

Res quae ipso usu consumuntur, § 120, 3.

Res quae usu minuuntur, § 120, 3.

Res sperata, § 137.

"*Rescisão*": expressão imprópria em muitos casos, § 168, 2.

Reserva mental: e perdão, § 245, 2.

Responsabilidade: sem culpa, § 203.

Responsabilidade civil: e responsabilidade penal, § 180, 2.

Responsabilidade sem culpa, § 163; § 218.

Restabelecimento da sociedade conjugal, § 235, 6.

Restituição: e sub-rogação, § 154, 4.

Restituição da coisa empenhada, § 229, 2.

Retratação: e reparação do dano, § 208, 2.

Revogabilidade: e chegada, § 223, 7; das comunicações de conhecimento, § 238; se é revogável o perdão, § 244.

Revogação: de comunicações de vontade, § 236.

Rios, § 151, 1.

Roupas, § 120, 2.

Ruas, § 151, 1.

Self-help: e self-defense, § 191, 4.

Sementeiras, § 127, 9.

Separação doe frutos, § 140, 10.

Separatio, § 140, 1.

Sexo, § 161, 2.

Silêncio: e conclusão de contrato, § 226, 1; veja *Manifestação tácita de vontade*.

Sobrestimação de si-próprio, § 178.

Sobrevivência, § 161, 2.

Sociedade: "diligentia quam suis", § 178, 3.

Solo, § 124; partes, § 140, 3.

Solutio indebiti, § 248, 1.

Spes rei, § 137.

Sub-rogação: conceito, § 154; princípio de sub-rogação, 2; análise do fato, 3; operação sub-rogatória, 4; pressupostos e eficácia, 5.

Subrogatum sapit natura subrogati, § 154, 4.

Subsolo, § 190, 3.

Substantia, § 140, 9.

Suicida, § 186, 9.

Summum ius summa iniuria, § 185.

Suplemento de idade, § 160, 2.

Suporte fáctico: e objeto, veja *Bens*.

Surdez, § 161, 4.

Técnica legislativa da prevenção, § 207, 2.

Telas, § 119, 1.

Telefone, § 223, 6.

Telefonia: § 223, 6; e telegrafia, § 225, 11.

Telegrafia: e telefonia, § 225, 11.

Telegrama: chegada, § 223, 2.

Televisão, §§ 223, 2 e 225, 11.

Tempo: em que se quis, § 233, 3.

Teoria da destinação econômica (frutos), § 140, 1.

Teoria da periodicidade (frutos), § 140, 1.

Teoria da regularidade (frutos), § 140, 1.

Teoria da representação (no dolo), § 177, 2.

Teoria da vontade (no dolo), § 177.

Teoria das "universitates iuris", § 154, 1.

Teoria do "commodum", § 154, 3.

Teoria do produto (frutos), § 140.

Teoria do proveito (frutos), § 140.

Teoria dos atos jurídicos, §§ 222-226; suporte fáctico com ato humano, § 222; manifestações de vontade receptícias, § 223; manifestações de vontade em acôrdo, § 225; conclusão de contrato sem recepticiedade, § 226; dever de receber manifestação de vontade, § 227.

Teoria romana da posse: e teoria do Código Civil, § 217.

Teorias da concorrência: em caso de pluralidade de regras jurídicas, § 170, 2.

Teorias do primado do ato ilícito relativo: em caso de pluralidade de regras jurídicas, § 170, 2.

Teorias sintetizantes: em matéria de pluralidade de regras jurídicas, § 170, 2.

Teorias sôbre o perdão, § 240.

Têrmo: se cabe no perdão, § 246.

Terreno: e partes integrantes, § 124.

Tesouro: descobrimento, ato-fato jurídico, § 214.

Testamento: leitura em juízo, § 237.

Títulos de estabelecimentos, § 123.

Tomada de conhecimento, § 223, 3.

Tomada de posse: ato-fato jurídico, § 210, 2; § 211.

Tombamento, § 158, 1.

Tonel, § 138, 2.

Tração: fôrça e luz, § 153.

Tradição da posse, § 232, 2; ato-fato jurídico, § 211, 2; § 212.

Traditio brevi manu, § 137.

Tráfico: e consumibilidade, § 120, 3; e acessoriedade, § 138, 2.

Transmissão da posse, § 232, 2.

Transmissão da posse por acôrdo, § 232, 2.

Transmissão "mortis causa", § 127.

Turbação: e esbulho, indenização, § 203, 3.

Turbação da posse: responsabilidade, § 203, 3.

Tutela jurídica: e justiça de mão própria, § 197, 3; e previsão, § 207, 1.

União de coisas: e parcialização, § 129, 2.

Unitas: e contrato, § 225, 11.

Universalia: e sub-rogação, § 154,1.

Universalidades, § 135.

Universitas, § 117, 3.

Universitas facti: e "universitas iuris", § 135, 3.

Universitates iuris, §§ 135, 3; 140.

Uso comum, § 151, 3.

Valor: e objeto de direito, § 119; determinação legal, ou pelas circunstâncias, 2.

Venda em justiça de mão própria, § 195, 2.

Vendas ao publico: e outros contratos com pessoa a melhor oferta, § 225, 10.

Verba enunciativa, § 239, 2.

Vias, § 235, 13.

Vias públicas: por ato de particular, § 155, 3; alteração, substituição e supressão, 4; marcos e letreiros, § 237, 2.

Vinculação do oferente, § 225, 2.

Violação negativa da pretensão, § 173.

Violação positiva da pretensão, § 174.

Violação negativa de obrigação negativa, § 173, 3.

Violação negativa de obrigação positiva, § 173, 3.

Vivissecção, § 116, 1, 4.

Voluntas tacite patefacta, § 222, 2.

Vontade: direção, § 227, 2.

Vontade de aceitar, § 227, 1.

ÍNDICE ALFABÉTICO DAS MATÉRIAS NO **PANORAMA ATUAL**

AÇÃO

- cautelar – Interesse processual – § 207. B
- cominatória – §§ 158. A; 207. B; 208. B; 235. A
- de indenização § 187. B
- de nunciação de obra nova – § 201. A
- de nunciação de obra nova – Embargo extrajudicial – § 201. A
- material voluntária – § 232. B
- ordinária – § 158. A
- ordinária – com pedido cominatório – § 207. B

– regressiva – Segurador – § 154. C
– voluntária – § 229. B

ACORDO DE VONTADES – § 225. B

ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL
– Teoria – § 174. C

ADOÇÃO – § 161. A
– Estatuto da Criança e do Adolecente – § 161. A

AERÓDROMO – § 121. B

AGENTE
– Declaração de vontade – § 233. B

ÁGUAS
– públicas – § 155. A
– Regime jurídico – § 156. A, B

ALIMENTOS PROVISIONAIS – § 207. B

ANÚNCIO VOLITIVO – § 235. B

APÓLICE – § 124. A

APREENSÃO DE TÍTULOS – § 207. B

ARRESTO – §§ 201. A; 207. B

ARROLAMENTO DE BENS – § 207. B

ASSENTIMENTO
– à infração – § 242. B
– à infração – Cessação – § 247. B
– à infração – Revogação – § 247. B

ATENTADO – § 207. B

ATO
– ilícito – §§ 164. B; 166. B; 183. B; 186. B; 203. B
– ilícito – Consequências – § 204. B
– ilícito – Estado de necessidade – § 172. B
– ilícito – Título próprio – § 162. B
– jurídico – § 160. B
– jurídico – Condição – § 246. B
– jurídico – Declaração de vontade – § 160. B
– jurídico – Elementos – § 246. B
– jurídico – Elementos volitivos – § 171. B
– jurídico – Negócio jurídico – Distinção – § 222. B
– jurídico – Termo – § 246. B
– jurídico não negocial – § 228. B
– jurídico *stricto sensu* – §§ 222. B; 225. B; 228. B; 230. B; 234. B
– lícito – § 164. B
– não contrário a direito – § 162. B
– não negocial – § 210. B
– real – § 210. B

ATO-FATO JURÍDICO – § 209. B
– Conceito – § 209. B

AUTOTUTELA – §§ 191. B; 201. B
- Dano – Culpa – Reparação – § 198. B
- Direito subjetivo – § 197. B
- Esbulho – § 192. B
- Estado de necessidade – § 192. B
- Exercício arbitrário – § 191. B
- Justiça de mão própria – § 192. B
- Legítima defesa – § 192. B
- Legitimidade – § 192. B
- Turbação – § 192. B

AVENÇA
- Adimplemento – § 174. C

BEM
- acessório – § 138. B
- acessório civil – § 138. B
- acessório industrial – § 138. B
- acessório natural – § 138. B
- coletivo – § 134. A
- Conceito – § 118. B
- da União – § 155. A, B
- da União – Águas – § 156. B
- de família – § 124. A
- de uso especial – § 155. B
- Destruição imediata – § 121. B
- divisível naturalmente – § 126. B
- divisível por determinação de parte – § 126. B
- divisível por determinação legal – § 126. B
- do Estado – § 155. A
- fungível – Espécie – § 120. A
- fungível – Qualidade – § 120. A
- fungível – Substituição – Vontade das partes – § 120. A
- imóvel – § 131. A
- imóvel – Classificação – § 124. B
- imóvel – Estabelecimento comercial – § 134. C
- imóvel – Solo – § 139. A
- móvel – § 120. A
- móvel – Alienação – § 121. A
- móvel – Consumível – § 121. A
- móvel – Destruição imediata – § 120. A
- móvel – Direito autoral – § 115. B
- móvel – Individualidade – § 128. A
- Natureza jurídica – § 128. A
- principal – § 138. B
- público – Afetação – § 155. B
- público – Classificação – § 155. B
- público – Destinação – § 155. B
- reciprocamente considerado – § 138. A, B
- sem propriedade – § 217. B
- singular – § 134. A
- Valor – § 119. B

BUSCA E APREENSÃO – § 207. B

CADUCIDADE – § 168. B

CASO FORTUITO – § 179. B

CAUÇÃO – § 207. B

CESSÃO DE CRÉDITO
- Aviso – § 237. A

CLÁUSULA PENAL – § 205. A

COAÇÃO
- moral – § 236. B
- psíquica – § 236. B

COISA
- acessória – § 139. A
- coletiva – § 135. A
- fora do comércio – § 136. A, B
- fungível – § 120. A
- fungível – Coisa infungível – Distinção – § 120. A
- fungível – Substituição – § 120. A
- infungível – § 120. A
- singular – § 135. A
- singular – Composta – § 135. B
- singular – Simples – § 135. B

COMPRADOR
- Inadimplemento – § 179. C

COMUNICAÇÃO
- de conhecimento – § 237. B
- de vontade – Revogação – § 236. B

CONDOMÍNIO
- *pro indiviso* – § 126. B

CONDÔMINO
- Parte ideal – § 126. B

CONDUTA UNILATERAL – § 191. B

CONSENTIMENTO
- da vítima – § 202. B
- da vítima – Expresso – § 202. B
- da vítima – Tácito – § 202. B
- Posterior ao ato jurídico – § 202. B
- Revogação – § 202. B

CONTRATO
- Cláusula *rebus sic stantibus* – § 172. B
- Declaração de vontade – § 225. B
- Inadimplemento – Dificuldade extraordinária – § 172. B
- Resolução – Enriquecimento sem causa – § 172. B
- Teoria da imprevisão – § 172. B

CONVITE DE OFERTAR – § 225. B

CRÉDITO
- Instituição financeira – § 174. C

CREDOR
- Resolução da obrigação – § 174. C

CULPA
- *in abstrato* – § 181. B
- *in contrahendo* – § 165. B
- levíssima – § 181. B
- Responsabilidade civil – § 164. C

DANO
- causado por animal – Responsabilidade – § 206. A

- causado por ruínas – Responsabilidade – § 206. A
- Culpa – Reparação – § 198. B
- Dever de reparar – § 187. B
- Gravidade da culpa – § 178. B
- moral – § 185. B
- moral – Obrigação de indenizar – §§ 163. B; 175.C
- moral indenizável – § 175. C
- proveniente de coisas caídas ou arremessadas – Responsabilidade – § 206. A
- Reparação – § 203. B
- Reparação – Independente de culpa – § 180. A

DECADÊNCIA – § 220. B

DECLARAÇÃO
- Certificativa – § 239. B
- de vontade – §§ 222. B; 223. B; 224. B; 228. B
- de vontade – Ausência – § 224. B
- de vontade – Comunicação – § 236. B
- de vontade – Comunicação de conhecimento – § 237. B
- de vontade – Comunicação irrevogável – § 238. B
- de vontade – Efeito jurídico – § 233. B
- de vontade – Oferta – § 225. B
- de vontade – Proposta – § 225. B
- de vontade – Silêncio – § 222. B; 224. B
- de vontade receptícia – §§ 222. B; 223. B; 225. B; 237. B
- de vontade tácita – § 222. B
- receptícia – Manifestação – § 233. B
- Recognitiva – § 239. B

DEPOSITÁRIO – § 195. A
- Deveres – § 195. A
- Obrigações – § 195. A
- Perda da remuneração – § 195. A
- Perdas e danos – § 195. A
- Responsabilidade – § 181. A

DEPÓSITO JUDICIAL
- Bem consumível – § 195. B
- Bem fungível – § 195. B
- Coisa perecível – § 195. A
- Deterioração – § 195. B
- Restituição – § 195. B

DESQUITE – § 204. A

DEVEDOR
- em mora – § 173. A
- falido – § 234. B
- Inadimplemento habitual – § 181. B
- inadimplente – § 173. A
- Mora – § 235. B
- Perdas e danos – Atualização monetária – § 173. A
- Perdas e danos – Juros – § 173. A
- Ressarcimento – Perdas e danos – § 173. A
- solidário – § 234. B

DEVER
- Violação – Culpa – § 174. C

DINHEIRO
– Bem fungível – § 122. B

DIREITO
– acessório – § 138. B
– autoral – Bem móvel – § 115. B
– real – independente – § 132. B
– Sucessão aberta – § 131. A

DÍVIDA
– mobiliária – § 122. A
– pública – § 124. A
– pública – Cláusula de inalienabilidade – § 124. A

DOAÇÃO
– Aceitação – § 230. B
– onerosa – Encargo – § 235. B

DOLO
– Consequência de conduta – § 177. B
– Contrariedade ao direito – § 177. B
– Culpa – Dicotomia – § 176. B
– Culpa – Distinção – § 176. C
– Culpa – Separação – § 178. B
– direto – § 177. B
– indireto – § 177. B
– Raiz jurídica – § 177. B
– Raiz moral – § 177. B

DOMICÍLIO
– Inviolabilidade – § 188. A

DONATÁRIO
– Declaração – § 230. B
– Obrigação – § 235. B

DOTE
– Aquisição de imóvel – § 154. A

ENERGIA ELÉTRICA
– Exploração – § 156. A, B

ENRIQUECIMENTO
– ilícito – § 203. B
– sem causa – Contrato – Resolução – § 172. B

ERRO DE DIREITO
– Dolo – § 177. B

ESBULHO
– Autotutela – § 192. B
– Desforço imediato – § 196. C

ESPAÇO AÉREO
– Limite de utilização – § 124. B
– Propriedade – § 124. A

ESTADO DE NECESSIDADE – §§ 186. B; 199. B
– Autotutela – § 192. B

EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO – § 185. A, B

FATO
– ilícito – Absoluto – §§ 169. B; 170. B
– ilícito – Relativo – §§ 169. B; 170. B
– ilícito – Teoria – 164. B
– jurídico – § 159. B
– jurídico – Ato humano – § 160. B

– jurídico – Classificação – §§ 159. B; 209. B; 228. B
– jurídico – Conceito – § 228. B
– jurídico – Efeito jurídico – Relação de causalidade – § 164. B
– jurídico – Eficácia jurídica – § 160. B
– jurídico – Evento externo – § 228. B
– jurídico – Fatos exteriores – § 160. B
– jurídico – Força da natureza – § 159. B
– jurídico – Teoria geral – Direito germânico – § 160. B
– jurídico ilícito – §§ 162. B; 230. B
– jurídico *stricto sensu* – § 160. A, B
– jurídico *stricto sensu* – Efeitos – § 160. A
– jurídico voluntário – § 230. B
– jurídico voluntário – Sujeito – § 228. B

FIADOR
– Sub-rogação – § 154. A

FUMUS BONI IURIS – § 207. B

GESTÃO DE NEGÓCIOS – § 166. A

HIPOTECA
– Posse – Exercício – § 196. C

IMÓVEL
– Determinação legal – § 124. B
– Reincorporação – § 128. A

IMPREVISÃO
– Teoria – § 172. B

INCAPACIDADE CIVIL – § 161. B
– Emancipação – § 161. B
– relativa – § 161. B

INDENIZAÇÃO
– Obrigação decorrente de culpa – § 206. B
– Obrigação decorrente de dolo – § 206. B
– Obrigação decorrente de mora – § 206. B
– Pretensão primária – § 172. B
– Pretensão secundária – § 172. B

INTERESSE
– lesado – material – § 185. B
– lesado – moral – § 185. B
– particular – § 189. B
– público – Prevalência – § 189. B

INTERPELAÇÃO – § 207. B
– Medida judicial – § 235. B

JAZIDA – § 140. A

JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA – § 196. B
– Exceção – § 194. B

JUSTIFICAÇÃO – § 207. B

LEGÍTIMA DEFESA – §§ 183. A, B; 186. B; 187. B
– Autotutela – § 192. B

LIBERDADE DE CULTO – § 188. A

LOCAÇÃO
- Rescisão contratual – Justa causa – § 191. A

LOCADOR
- Intimação – § 230. B

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE
- Conflito – § 237. B
- Exteriorização – § 229. B
- Lei – § 234. B
- mandamental – § 229. B
- não autônoma – § 229. B
- Negócio jurídico – § 234. B
- Retificação – § 236. B

MEDIDA CAUTELAR
- atípica – § 207. B
- Fungibilidade – § 207. B
- Razoabilidade da pretensão – § 207. B
- típica – § 207. B

MOEDA
- Emissão – § 122. A
- Limite de emissão – § 122. A

NASCITURO – § 161. A
- Personalidade – § 161. B

NEGLIGÊNCIA
- Conceito – § 178. B
- Culpa – Responsabilidade – § 178. B

NEGÓCIO JURÍDICO – § 160. B
- Ato jurídico – Distinção – § 222. B
- Dispositivo funcional – § 230. B
- Vontade – § 225. B

NORMA JURÍDICA
- Objeto – §§ 113. B; 114. B

NOTIFICAÇÃO – § 207. B

OBJETO INCONSUMÍVEL – § 121. B
- Descartável – § 121. B

OBRIGAÇÃO
- Culpa – § 166. A
- Cumprimento – § 179. B
- de indenizar – §§ 162. B; 164. C; 166. B
- específica – § 172. B
- genérica – § 172. B
- Inadimplemento – § 173. A
- negativa – § 173. A
- por ato ilícito – § 164. A
- Violação culposa – § 172. B

OFERTA – § 225. B
- Manifestação tardia de aceite – § 225. B
- Vinculação do proponente – § 225. B

PAPEL MOEDA
- Objeto de coleção – § 122. B

PARCELAMENTO
- Solo urbano – § 156. B

PATRIMÔNIO
- artístico – Proteção – § 158. A, B
- autônomo – § 121. A
- cultural – Proteção – § 158. A, B
- histórico – Proteção – § 158. A, B
- paisagístico – Proteção – § 158. A, B
- turístico – Proteção – § 158. A, B

PÁTRIO PODER
- Perda – §§ 164. A; 168. A

PENHOR LEGAL – § 196. C

PENSAMENTO
- Manifestação – § 233. B

PERDÃO – § 240. B
- Anulabilidade – § 245. B
- Ato jurídico estrito senso – § 240. B
- Ato-fato jurídico – § 240. B
- Classificação – § 240. B
- Condição suspensiva – § 246. B
- condicional – § 246. B
- Efeito jurídico – §§ 243. B; 244. B
- Eficácia – § 243. B
- Irrevogável – § 244. B
- Nulidade – § 245. B
- Reserva mental – § 245. B
- Suporte fático – § 241. B
- Vício de vontade – § 245. B

PERICULUM IN MORA – § 207. B

PERSONALIDADE
- Nascimento – § 161. B

PERTENÇAS – § 138. B

PESSOA JURÍDICA
- Extinção – § 237. A
- Nascimento – § 237. A

PLANO DIRETOR
- Parcelamento do solo urbano – § 156. B

PLATAFORMA CONTINENTAL
- Bem da União – § 156. A

PODER FAMILIAR
- Perda – §§ 164. A; 168. A

POSSE
- Esbulho – Indenização – § 203. B
- Poder fático – § 211. B
- Turbação – § 203. B
- em nome do nascituro – § 207. B

PREÇO PÚBLICO
- Uso de águas públicas – § 156. B

PRÉDIO
- Dano da moradia – § 163. B

PREJUÍZO
- Dia da oferta – § 173. A

PRESCRIÇÃO – § 220. B

PRESTAÇÃO
- Culpa do devedor – § 174. B
- Impossibilidade absoluta do cumprimento – § 174. A

PRINCÍPIO
- da responsabilidade subjetiva – § 205. B

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – § 207. B

PROPOSTA
- Declaração de vontade – § 225. B
- Manifestação tardia de aceite – § 225. B
- Vinculação do proponente – § 225. B

PROPRIEDADE
- do solo – § 190. B
- do subsolo – § 190. B
- imóvel – Direito real – § 130. B

PROTESTO – § 207. B
- Títulos e contas judiciais – § 207. B

QUASE-CONTRATO – § 248. B

REBUS SIC STANTIBUS – § 172. B

RECURSO
- hídrico – § 156. B
- mineral – Lavra – § 140. A
- mineral – Pesquisa – Autorização – § 140. A

RELAÇÃO
- de causalidade – § 229. B
- de direito – Fato jurídico – § 159. B
- humana – Disposição abstrata – § 229. B

REPARAÇÃO
- de dano – § 163. B
- de dano – Independente de culpa – § 180. A
- Obrigação – § 163. B

RESPONSABILIDADE
- civil – §§ 164. A; 186. B; 206. B
- civil – Ato ilícito – § 218. B
- civil – Contratual – § 172. B
- civil – Culpa – §§ 164. C; 180. A; 218. B
- civil – Dano – § 218. B
- civil – Dolo – § 218. B
- civil – Mora – § 218. B
- civil – Nexo de causalidade – § 218. B
- civil – Objetiva – § 218. B
- civil – Tipos – § 163. B
- civil – Título específico – § 162. B
- civil excludente – § 183. B
- legal – § 188. B
- objetiva – §§ 180. A; 206. B
- objetiva – Prescindibilidade de comprovação de culpa – § 206. B, C
- objetiva – Requisitos – Prova do dano – § 206. C
- objetiva – Requisitos – Prova do nexo de causalidade – § 206. C
- sem culpa – § 162. B

- sem culpa – Legítima defesa – § 162. B
- subjetiva – § 180. A
- subjetiva – Requisitos – § 205. B

SEGURANÇA DO TRABALHO – § 174. C
- Normas – § 174. C

SENTENÇA
- Descumprimento – Pena pecuniária – § 207. B

SEQUESTRO – § 207. B

SILÊNCIO
- Declaração de vontade – § 222. B

SOLO
- Propriedade – §§ 124. A; 140. A, B
- Proprietário – Indenização – § 140. B
- Proprietário – Indenização – Competência – § 141. C

SUB-ROGAÇÃO – § 154. A, B
- Ação regressiva – § 154. C
- Anuência do devedor – § 154. B
- Fiador – § 154. A
- Hipoteca – § 154. A
- Pessoal – § 154. B
- Pessoal – Convencional – § 154. B
- Pessoal – Legal – § 154. B
- Real – § 154. B
- Sujeitos – § 154. A

SUBSOLO
- Aproveitamento industrial – § 140. B
- Exploração – Autorização – § 140. B

TEORIA DA IMPREVISÃO – § 172. B

TESTAMENTO
- Caducidade – § 168. A

TOMBAMENTO
- Bem imóvel – § 158. A, B
- Competência – § 158. B

TRADIÇÃO
- Propriedade – § 212. B

TRANSPLANTE
- de tecidos e órgãos – § 116. B
- Disposição depois de sua morte – § 116. B
- Disposição em vida – § 116. B

TURBAÇÃO
- Autotutela – § 192. B
- Desforço imediato – § 196. C

TUTELA
- Antecipação – § 207. B

TUTOR
- Remoção – § 169. A

UNIVERSALIDADE DE DIREITO – §§ 134. C; 135. B

USUFRUTUÁRIO
- Aviso – § 237. A

VENCIMENTO DE CONTRATO
– Despejo – § 230. B

VONTADE
– Acordo – § 225. B
– Ausência – § 224. B
– Declaração – §§ 222. B; 223. B; 224. B
– Desconhecimento – § 224. B
– do agente – Manifestação – § 231. B
– do homem – Fato impeditivo – § 228. B

ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA
– Bem da União – § 156. A

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Geo-Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 44.197.044/0001-29.

Este livro foi impresso em papel Chambril Avena 70 g/m².
Os papéis da International Paper são produzidos
a partir de florestas 100% plantadas e renováveis.

A.S. L7429

ISBN COLEÇÃO
978-85-203-4321-0

9 788520 343210

ISBN volume II
978-85-203-4474-3

9 788520 344743

Utilizar esse ISBN para venda
Os volumes não podem ser vendidos separadamente